Die rechtliche Natur der Schlichtung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Karl Dreßler
Gerichtsreferendar in Berlin

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen
1931.

Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 1931

Dekan: Prof. Dr. Schönfeld

Referent: Exzellenz Prof. Dr. von Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater zum Gedächtnis

Disposition.

Seite

A. **Erster Abschnitt: Der Begriff der Schlichtung** . . . . . 9—21

§ 1. Der sprachliche Schlichtungsbegriff 9

§ 2. Der sozialpolitische Schlichtungsbegriff . . . 10—11

§ 3. Der Schlichtungsbegriff des geltenden Rechts 11—21

I. Schlichtung im engeren Sinne (§ 3 SchlO) . . . . . 12—19

1. Die Ergänzung der Gesamtvereinbarungen 12

2. Die Änderung der Gesamtvereinbarungen . . . . . 12—16

a) Die Änderung von Betriebsvereinbarungen . . . . . 12—13

b) Die Änderung von Tarifverträgen . . . . . 13—16

3. Die Auslegung der Gesamtvereinbarungen . . . . . 16—18

4. Zusammenfassung des Ergebnisses . . . . . 18—19

II. Schlichtung im weiteren Sinne (§ 6 SchlO, § 75 BRB) . . . 19—20

III. Das Verfahren vor dem Schlichter nach § 6 a AZVO . . . . 20—21

IV. Zusammenfassung des Ergebnisses 21

B. **Zweiter Abschnitt: Schlichtung als materielle Funktion** . . . . . 21—56

§ 4. Zum Begriff der Gesetzgebung . . . . . 22—25

§ 5. Zum Begriff der Rechtsprechung . . . . . 25—26

§ 6. Zum Begriff der Verwaltung . . . . . 26—30

§ 7. Schlichtung als Gesetzgebung . . . . . 30—43

I. Die Bedeutung des formlosen Einigungsvorschlages 31

II. Die Bedeutung von Schiedsspruch, Annahme- und Verbindlichkeitserklärung . . . . . 31—32

III. Die rechtliche Natur von Tarifsatzung und Arbeitsordnung . 32—39

1. Die Tarifsatzung als Rechtsquelle . . . . . 33—38

a) Die Tarifsatzung kein unmittelbar staatliches Recht . . 33

b) Die Tarifsatzung als mittelbar staatliches Recht . . . 33—38

aa) Die Tarifsatzung keine autonome Satzung . . . 34

bb) Die Tarifsatzung als Vereinbarung . . . . . 34—35

cc) Die Verkündung der Tarifsatzung . . . . . 35—38

2. Die Arbeitsordnung als Rechtsquelle . . . . . 38—39

IV. Die Auswirkung der Rechtssatzeigenschaft von Tarifsatzung und Arbeitsordnung auf die Schlichtung . . . . . 39—43

1. Das Wesen der Schlichtungsakte im Streit um die Tarifsatzung . . . . . 39—42

2. Das Wesen der bindenden Entscheidung im Kampf um die Arbeitsordnung (§ 80, 75 BRG) 42
V. Zusammenfassung des Ergebnisses . . . . . 42—43
§ 8. Schlichtung als Rechtsprechung . . . . . 43—50
I. Schlichtungsverfahren und Prozeß 44
II. Die Drittintervention Husserl's . . . . . 45—46
III. Der Anspruch der Parteien im Schlichtungsverfahren . . . 46—50
§ 9. Schlichtung als Verwaltung . . . . . 50—56
I. Der formlose Einigungsvorschlag . . . . . 50—51
II. Der Schiedsspruch als Verwaltungsakt . . . . . 51—52
III. Die Verbindlichkeitserklärung als Verwaltungsakt . . . . 53—55
IV. Die bindende Entscheidung als Verwaltungsakt 55
V. Zusammenfassung des Ergebnisses . . . . . 55—56
C. **Dritter Abschnitt: Schlichtung als formelle Funktion** . . . . . 56—63
§ 10. Schlichtung keine Gesetzgebung 56
§ 11. Schlichtung keine Verwaltung . . . . . 56—62
I. Die schlichterliche Unabhängigkeit . . . . . 58—59
II. Die Garantien der schlichterlichen Unabhängigkeit . . . . 59—60
III. Der Ausnahmeschlichter . . . . . 60—62
§ 12. Schlichtung als Gerichtsbarkeit . . . . . 62—63

Literaturverzeichnis.

A. Arbeitsrechtliche Literatur:

Becker, Die Tarifnormenkollision, Dissertation, Leipzig, 1924, Heft 4 der Schriften des Instit. f. Arbrecht, Leipzig.

Benzinger, Verbindlicherklärte Tarifverträge vor den ordentlichen Gerichten, Dissertation, Göttingen 1927.

Berg, Der Zwangstarif, Dissertation, Köln 1929.

Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht, 1916.

Dechant, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht, Wien 1923.

Dersch, Die neue Schlichtungsordnung, Kommentar, Berlin 1924.

— —, Rechtskraft und Abänderlichkeit von Staatsakten der Schlichtungsbehörden, NZfA 1923, Sp. 273, 359, 409, 481 ff.

Flatow, Grundzüge des Schlichtungswesens 1923.

Flatow-Joachim, Kommentar zur Schlichtungsordnung 1924.

Goldbaum, Kommentar zur Schlichtungsordnung 1923.

Grauert-Schoppen-Mansfeld, Der Rechtsstreit im Arbeitskampf der westdeutschen Eisenindustrie 1929.

Hoeniger, Die Stellung des unparteiischen Vorsitzenden im Entwurf der Schlichtungsordnung 1923.

Hueck, Normenverträge, Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 73, S. 36 ff.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Teil I, Bd. 2, 1927.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.

Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin 1927.

— —, Die Arbeitsgerichtsbarkeit, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, Berlin 1929.

Melsbach, Schlichtungsrecht, Archiv für ziv. Praxis, N. Folge Bd. 4, S. 129 ff.

Molitor, Die Rechtsnatur der Arbeitsordnung und der Tarifbestimmungen, Arbeitsrecht 1923, Sp. 321 ff.

Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, Berlin 1924.

Pick-Weigert, Kommentar zur Schlichtungsordnung 1924.

Sitzler, Tarifvertragsrecht, Berlin 1921.

Sitzler-Gaßner, Kommentar zur Schlichtungsordnung, 1923.

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927.

Weddigen, Einigungs- und Schiedsgrundsatz, München 1930.

B. Staats- und verwaltungsrechtliche Literatur.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 13. Aufl., 1931, Berlin.

— —, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1913.

Binding, Die Gründung des Norddeutschen Bundes, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid, 1888.

Böttticher, Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der RV die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? Zeitschrift f. Zivilprozeß Bd. 51, S. 201 ff.

Drews, Preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1927.
Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928.
Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 7. Aufl., 1926.
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. u. 8. Aufl. 1931, bearbeitet von Kurtzig.
Hatschek, Einleitung in das öffentliche Recht 1926.
Hubrich, Der Statutenbegriff im Allgemeinen Landrecht, Greifswald 1916.
— —, Die Streitfrage über die Publikationspflicht autonomer Statuten in Preußen, Annalen für das Deutsche Reich 1916.
Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung I, Berlin 1925.
Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1922, Berlin.
— —, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1919.
Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931.
Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
Kern, Der gesetzliche Richter, Berlin 1927.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.
— —, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Jahrbuch d. öffentl. Rechts 1913, S. 1 ff.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1911, 1913, 1914.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924.
Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht 1927.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1914/19.
Meyer-Dochow, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1913.
Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912.
Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.

C. Bürgerliches Recht und Prozeßrecht.

Ebel-Lilienthal, Mieterschutz u. Mieteinigungsämter, 5. Aufl., 1930 Berlin.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil I, bearbeitet von Nipperdey, 13. Bearbeitung 1931.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895.
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1903.
Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1925.
Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Berlin 1931.
Schlegelberger, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1927.
Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 14. Aufl., 1930.

D. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

a) Zeitschriften:
Archiv f. Sozialwissenschaft; Archiv f. öffentliches Recht; Archiv f. ziv. Praxis; Arbeitsrecht; Arbeitsrecht und Schlichtung (früher Schlichtungswesen); Neue Zeitschrift f. Arbeitsrecht; Kölner Vierteljahrshefte f. Sozialpolitik, Soziale Praxis; Juristische Wochenschrift; Mietgericht; Reichsarbeitsblatt.

b) Entscheidungssammlungen:
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, herausgegeben von Dersch-Flatow-Gerstel-Hueck-Nipperdey (Bensheimer'sche Sammlung); Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts; Seufferts Archiv.

E. Gesetzentwürfe:

Entwurf einer Schlichtungsordnung nebst Begründung,
Entwürfe des Deutschen Reichstages 1922, Nr. 25, C. Heymanns Verlag.

Weniger wichtige Literatur ist lediglich in den Anmerkungen zitiert.

Einleitung.

Das Schlichtungswesen gehört zu den umstrittensten Gebieten des modernen kollektiven Arbeitsrechts. Der Rechtsstreit im Arbeitskampf der westdeutschen Eisenindustrie im Jahre 1928, in seiner Auswirkung die „Verordnungen des Reichspräsidenten über die Beilegung von Schlichtungsstreitigkeiten öffentlichen Interesses" vom 9. 1. 1931 (RGBl I S. 1) und 27. 9. 1931 (RGBl I, S. 513) sowie der Reichstagsbeschluß im Herbst 1930 gegen die Verbindlichkeitserklärung des Schiedsspruchs im Berliner Metallkonflikt sind einige bezeichnende Marksteine dieses Kampfs der Meinungen.

Die vorliegende Untersuchung streift diese aktuellen Probleme nur gelegentlich. Ihre Zielsetzung ist eine andere, mehr begrifflich-theoretische. Sie stellt den Versuch dar, die positivrechtliche Schlichtung unter den verschiedenen Gesichtspunkten funktionell zu begreifen. Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist die Gewalten- oder Funktionenteilungslehre in der Formulierung, die ihr Georg Jellinek in seiner „Allgemeinen Staatslehre" hat zuteil werden lassen, freilich nicht ohne erhebliche Konzessionen an die Kelsen'sche Lehre vom reinen Rechtsstaat und der Relativität begrifflicher Gegensätze. An Jellinek schließt sich die Gliederung unserer Darstellung in einen der formellen und einen der materiellen Funktion gewidmeten Teil an. Dagegen steht die Begriffsbildung innerhalb dieser Funktionskreise im Zeichen des Kelsen'schen Relativismus. Dementsprechend sind auch die Untersuchungsergebnisse zu werten.

Die Darstellung selbst zerfällt in drei Hauptabschnitte. Einleitend erfolgt die begriffliche Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes, ihr folgt die Untersuchung der Schlichtung zunächst unter dem Gesichtspunkt der materiellen und sodann der formellen Funktion. Dabei schien es im Interesse einer besseren Übersicht und zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen geboten, die materiellen Funktionsbegriffe, wie wir sie verstehen, in drei einleitenden Paragraphen (§§ 4/6) vor der eigentlichen Sachuntersuchung kurz zu erörtern. Bei der Darstellung selbst, insbesondere bei der Betrachtung der Schlichtung unter dem Gesichtspunkt materieller Gesetzgebung war des näheren auf die materiellen Gesamtvereinbarungen einzugehen. Hier nimmt zwangsläufig die Erörterung der Konstruktion der Tarifsatzung einen nicht unerheblichen Raum ein. Seitenblicke auf verwandte Rechtsgebiete und -institutionen sind nur, soweit unbedingt notwendig, eingeschaltet. Ein Ausblick auf den Rechtszustand in anderen Ländern hätte, um fruchtbar sein zu können, einer Darstellung von gewisser Breite bedurft und damit das Gesicht der ganzen Untersuchung verändert. Er ist daher ebenso wie eine historische Einleitung ganz unterblieben.

Erster Abschnitt.

Der Begriff der Schlichtung.

§ 1. Der sprachliche Schlichtungsbegriff.

Schlichten bedeutet dem Wortsinne nach soviel wie glätten, eben machen. Im übertragenen Sinne hatte es in der älteren Sprache auch die Bedeutung von „Richten". Erst die neuere Sprachentwicklung bringt eine inhaltliche Differenzierung von „Schlichten" und „Richten", indem nunmehr unter Richten die autoritative Entscheidung eines Streits, unter Schlichten hingegen eine vermittelnde Tätigkeit verstanden wird, die die streitenden Parteien zu einem gütlichen Übereinkommen führen soll [1]). Beide Tätigkeiten gleichen aber einander noch jetzt insoweit, als sie der Erledigung von Streitigkeiten dienen. Diese äußere Gleichheit überbrückt freilich nicht ihre innere Gegensätzlichkeit. Der Richter hat durch Klärung der Rechtslage und entsprechende Entscheidung dem Recht, der „formalen" Gerechtigkeit, zum Siege zu verhelfen, mag sein Spruch auch im Einzelfalle als unbefriedigend empfunden werden. Dagegen besteht die Aufgabe des Schlichters gerade darin, die Parteien im Wege gütlicher Verhandlung zu einem billigen Ausgleich ihrer einander widerstreitenden Interessen zu veranlassen. So gesehen, ist der Richter Hüter der „formalen", der Schlichter promotor der „materiellen" Gerechtigkeit [2]) [3]).

Projiziert man den so gewonnenen Schlichtungsbegriff auf das Gebiet des Arbeitsrechts, so erhält man einen Sammelbegriff für jede Art von Sühnetätigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Weitere heuristische Bedeutung kommt diesem Begriff, der so verschiedene Dinge wie das der Urteilsfällung vorangehende Verfahren der Arbeitsgerichte, vgl. §§ 54, 57 AGG, die Vergleichstätigkeit des Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 Zweite AV zur SchlO und schließlich die Schlichtung im Sinne der SchlO umfaßt, nicht zu.

---

[1]) Gebr. Grimm, Wörterbuch.

[2]) Dazu s. Zimmermann, Kölner Vierteljahreshefte f. Sozialpolitik 2, 5 ff.

[3]) Ein Unterschied, der sich freilich mit dem Wiedereindringen des Sühnegedankens in das moderne Prozeßrecht mehr und mehr verwischt.

§ 2. Der sozialpolitische Schlichtungsbegriff.

Enger, und damit wenigstens de lege ferenda von größerer Bedeutung ist der abstrakt-arbeitsrechtliche oder sozialpolitische Schlichtungsbegriff. Über seine Fassung besteht im einzelnen Streit. Die eine, insbesondere von Flatow vertretene Richtung beschränkt die Schlichtung auf die Beilegung von „Gesamtstreitigkeiten", d. h. Streitigkeiten über den Abschluß von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen und findet demgemäß den sozialpolitischen Schlichtungsbegriff in der SchlO verkörpert [4]). Im Gegensatz zu dieser positivistischen Richtung will eine andere, z. B. von Dersch vertretene Ansicht die Schlichtung auf Kollektivstreitigkeiten aller Art erstrecken. Eine Mittelmeinung vertritt endlich Weddigen, der alle diejenigen Kollektivstreitigkeiten für schlichtungsfähig hält, an welchen auf Seiten der Arbeitnehmerschaft eine nicht nur ad hoc gegründete Organisation teilnimmt [6]). Dieser letzteren Ansicht dürfte aus praktischen Erwägungen heraus der Vorzug zu geben sein. Die Schlichtung dient der Erhaltung des Arbeitsfriedens. Dieses Ziel erscheint nur dann einigermaßen gewährleistet, wenn die Parteien des Friedensvertrages seine Durchführung auch durch ihre persönliche Beschaffenheit bis zu einem gewissen Grade garantieren. Das ist auf Seiten der Arbeitnehmerschaft bei nur gelegentlichen Zusammenschlüssen, z. B. anläßlich eines wilden Streiks aber nicht der Fall. Hier steht vielmehr zu befürchten, daß die Gelegenheitsorganisation sich durch Auflösung der Erfüllung unangenehmer Verpflichtungen zu entziehen versucht und auf diese Weise den eigentlichen Schlichtungszweck paralysiert [7]). Die Einbeziehung derartiger Fälle in das Schlichtungswesen wäre daher zumindest zwecklos.

In sachlicher Hinsicht kann die Zulässigkeit der Schlichtung sodann zweifelhaft sein, wenn die Rechtsordnung den zwischen den Parteien zu begründenden Rechtsverhältnissen die Vollstreckbarkeit verweigert, wie dies bei den schuldrechtlich wirkenden Betriebsvereinbarungen der Fall ist. Trotz Fehlens der Klagemöglichkeit wird man jedoch die Schlichtungsfähigkeit derartiger Tatbestände grundsätzlich anzuerkennen haben, da die Parteien es in der Hand haben, die an sich unvollkommene Vereinbarung durch tatsächliche oder indirekte rechtliche Druckmittel erforderlichenfalls durchzusetzen. Eine andere, hiervon zu trennende Frage ist, ob der Staat kraft der ihm eigenen Zwangsgewalt derartige vollstreckungsunfähige Verbindlichkeiten schaffen soll oder nicht [8]). Hiergegen spricht allerdings, daß die Begründung nicht erzwingbarer Verpflich-

---

[4]) Flatow Grundzüge S. 18, NZfA 1922. Sp. 587 ff, Arbeitsrecht 1923 S. 625, 628.

[5]) Dersch Komm.S. 43/44, Frielinghaus NZfA. 1923. Sp. 711 ff, Melsbach Arch. f. zivilistische Praxis, Neue Folge Bd. 4, 150/151, Potthoff Arbeitsrecht 1923, 135 ff, 631.

[6]) Weddigen, Einigungs- und Schiedsgrundsatz S. 14.

[7]) Weddigen, Jahrbuch f. Natök. und Stat. 3. Folge, Bd. 75, 361.

[8]) Gegen einen solchen Zwang, weil „sinnlos", Kaskel, Arbeitsrecht S. 63, 347; a. M. Sinzheimer Grundzüge S. 303 Anm. 1.

tungen mittels staatlichen Zwanges von zweifelhaftem Wert ist und auch im einzelnen Falle geeignet sein mag, dem staatlichen Prestige Abbruch zu tun. Andrerseits darf nicht übersehen werden, daß in ähnlich gelagerten Fällen die Anwendung staatlichen Zwanges nach positiver gesetzlicher Vorschrift zulässig ist. So erkennt die ZPO Urteile an, die auf Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten lauten, § 888 Abs. 2 ZPO, ohne für diese Entscheidungen, obschon sie begrifflich einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben, irgendeine Vollstreckungsmöglichkeit vorzusehen. Demgegenüber stellt die Begründung nicht klagbarer Verbindlichkeiten im Schlichtungsverfahren noch ein minus dar, insofern als es hier nur zu der Schaffung von Ansprüchen, nicht auch zu einem Titel über sie kommt. Aus diesem Grunde wird man daher die Schlichtung auch zwecks Errichtung klagloser Vereinbarungen begrifflich für zulässig zu erachten haben.

Zusammenfassend können wir die Schlichtung nunmehr mit **Weddigen** bestimmen als „Inbegriff derjenigen Maßnahmen . . ., die zur Sicherung bzw. Wiederherstellung des Bestehens unständiger Arbeitsgemeinschaften die Verhütung bzw. Beilegung offener Arbeitskämpfe durch Einigung oder Schiedsspruch zu erreichen suchen“ [9]). Als Parteien dieser Arbeitsgemeinschaften kommen die einzelnen Arbeitgeber und alle nicht nur ad hoc gegründeten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen in Betracht. Auf die Tariffähigkeit kommt es nicht an; entsprechend ist vielmehr die rein tatsächliche Fähigkeit eines Verbandes zum Arbeitskampf. Dementsprechend ist der Kreis der in abstracto schlichtungsfähigen Personen weiter als der vom Gesetzgeber in § 3 SchlO gezogene [10]).

Betrachtet man die Tätigkeit der Schlichtungsbehörden nach Maßgabe der §§ 3, 5, 6 SchlO und des § 8 Abs. 2 Zweite AV zur SchlO unter dem Gesichtspunkt der obigen Definition, so zeigt sich, daß das Gesetz, indem es einseitig auf die Förderung von Gesamtvereinbarungen abstellt, zu Unrecht einen Teil der Streitigkeiten, die wegen der Parteien oder des Streitgegenstandes nicht durch eine Gesamtvereinbarung beigelegt werden können, der Schlichtung entzogen und einem besonderen Sühneverfahren unterstellt hat, vgl. § 8 Abs. 2 Zweite AV zur SchlO.

§ 3. Der Schlichtungsbegriff des geltenden Rechts.

§ 3 der Schlichtungsordnung vom 23. Oktober 1923 macht den Schlichtungsbehörden die Hilfeleistung zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen zur Aufgabe (Einigungsgrundsatz), § 6 SchlO gibt ihnen die Möglichkeit, den etwa widerstrebenden Parteien eine Gesamtvereinbarung durch obrigkeitlichen Aus-

[9]) **Weddigen**, Jahrbuch 355, ähnlich auch Einigungs- und Schiedsgrundsatz S. 15.
[10]) Vgl. auch **Potthoff**, Arbeitsrecht 1923, 631.

spruch aufzuzwingen (Schiedsgrundsatz)[11]. Die dem Einigungsgrundsatz entsprechende Tätigkeit der Schlichtungsstellen wird auch als Schlichtung im engeren Sinne, die dem Schiedsgrundsatz entsprechende Schlichtungstätigkeit als Schlichtung im weiteren Sinne bezeichnet[12].

I. Schlichtung im engeren Sinne (§ 3 SchlO).

Nach § 3 SchlO haben die Schlichtungsbehörden Hilfe zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen zu leisten. Das Gesetz führt sodann als Fälle der Gesamtvereinbarung den Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarungen auf. Diese Aufzählung ist erschöpfend, denn nach herrschender Ansicht sind Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung die einzigen Fälle der Kollektivvereinbarung[13]. Mit der Beschränkung der Schlichtung auf derartige „Gesamtstreitigkeiten"[14] ist zugleich der Kreis der nach positivem Recht als schlichtungsfähig anerkannten Personen gegeben. Nur wer fähig ist, eine Gesamtvereinbarung abzuschließen, besitzt Parteifähigkeit im Schlichtungsverfahren. Insoweit ist die Rechtslage klar. Zweifelhaft kann dagegen sein, was das Gesetz unter Hilfeleistung zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen versteht. Hier taucht vor allem die Frage auf, ob nur der Streit um den Neuabschluß oder auch um die Ergänzung, Änderung und Auslegung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen als schlichtungsfähig anerkannt ist oder nicht.

1) Die Ergänzung der Gesamtvereinbarungen.

Als Ergänzung eines Rechtsgeschäfts bezeichnen wir die nachträgliche Ordnung solcher Fragen, welche die Parteien ursprünglich nicht geregelt hatten. Betrifft die Ergänzung der Gesamtvereinbarungen mithin nur eine Neuregelung im Sinne einer Erweiterung des bisherigen Abkommens, so stehen ihrer Zulässigkeit keine Bedenken entgegen[15]. Denn in Wahrheit handelt es sich bei ihr um einen partiellen Neuabschluß im bis dahin rechtsleeren Raum.

2) Die Änderung von Gesamtvereinbarungen.

Bei der Abänderung von Gesamtvereinbarungen, d. h. der Änderung bereits geregelter Punkte ist die Rechtslage verschieden, je nachdem es sich um Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen handelt.

a) Die Änderung von Betriebsvereinbarungen.

Die Änderung von Dienstvorschriften aller Art ist nach positiver gesetzlicher Vorschrift zulässig, vgl. §§§ 75 Abs. 2, 80 BRG. Wegen der Änderung

[11]) Ausdruck von Weddigen in seinem gleichnamigen Werk S. 19/20.
[12]) So z. B. Dersch, Komm. S. 143/144.
[13]) Dersch, S. 147/148.
[14]) Vgl. oben § 2 und die in Anm. 1 ebenda zitierten Stellen sowie Flatow, Grundzüge S. 13.
[15]) Dersch, S. 179.

anderer Betriebsvereinbarungen schweigt das Gesetz, so daß für sie das Gegenteil angenommen werden muß. Die Frage ist überdies ohne große praktische Bedeutung. Für das Verfahren bei Änderung von Dienstvorschriften gilt folgendes:

Zuständig ist der Schlichtungsausschuß, der auf Anruf der Parteien eine „bindende Entscheidung" fällt, § 75 Abs. 1 BRG. Hält er die bestehende Regelung für die zweckmäßigste, so kann er den Änderungsantrag als sachlich unbegründet zurückweisen. Ein Änderungszwang in einem derartigen Falle würde dem Schlichtungszweck, d. h. dem Dienst an der materiellen Gerechtigkeit, zuwiderlaufen.

b) Die Änderung von Tarifverträgen.

Über die Frage der Änderung von Tarifverträgen im Wege der Schlichtung schweigt das Gesetz. Aus seinem Schweigen folgt zunächst durch Umkehrschluß, vgl. §§ 75, 80 BRG, die Unzulässigkeit eines derartigen Verfahrens. Dieses formal-logische Argument ist freilich nicht zwingend. Es scheint auch materiell durch die Schlichtungsordnung selbst widerlegt zu werden. Hat nämlich nach § 5 Abs. 4 SchlO der Schiedsspruch — denn nur um diesen handelt es sich ja bei der Schlichtung im engeren Sinne — im Verhältnis zu den Parteien lediglich die Bedeutung eines unverbindlichen Vertragsvorschlages, so scheint zunächst nicht einzusehen, warum der Staat nicht gleich jedem beliebigen Privaten zwei unzufriedenen Vertragspartnern einen unverbindlichen Vorschlag zur Änderung des bestehenden Rechtszustandes sollte unterbreiten können. Diese Betrachtungsweise ist indessen einseitig und unvollkommen. Sie übersieht, daß der Schiedsspruch der Schlichtungsstelle mehr ist als ein bloßer Einigungsvorschlag, oder genauer, daß er etwas anderes ist als ein Vertragsvorschlag im eigentlichen Sinne des Wortes. Das wird ersichtlich, wenn man einmal die gesetzliche Konstruktion der Entstehung des Tarifverhältnisses durch Annahme des Schiedsspruchs in Betracht zieht, vgl. § 5 Abs. 4 SchlO, § 22 Zweite AV zur SchlO. Nach diesen Vorschriften kommt das Tarifverhältnis nicht wie ein Vertrag durch Erklärung von Partei zu Partei zustande, vgl. §§ 145 ff BGB, sondern durch Erklärung des Annahmewillens gegenüber der Schlichtungsstelle. Diese Willenserklärung gehört zu der Gruppe der an eine Behörde abzugebenden Erklärungen im Gegensatz etwa zu den nur vor einer Behörde abzugebenden Willenserklärungen[16]). Eine Willenseinigung durch Zugang gegeneinander abgegebener Willenserklärungen findet daher bei der Annahme eines Schiedsspruchs überhaupt nicht statt. Die Annahmeerklärungen der Parteien führen mithin nicht zu dem Abschluß eines „Vertrages". Sie sind vielmehr Bestandteile eines eigenartigen prozessualen Tatbestandes mit materiellrechtlichen (Vertrags-)Wirkungen. Als solche sind sie auch selbst Pro-

[16]) RAG b. Bensheimer 6, 67; 7, 54; Goldbaum, Komm., S. 23; Benzinger, Verbindlicherklärte Tarifverträge vor d. ordtl. Gerichten S. 28/29.

zeßhandlungen und demgemäß auch nicht den Vorschriften der §§ 119 ff. BGB unterworfen [17]). Der Gesamttatbestand der Annahme eines Schiedsspruchs setzt sich danach aus dem obrigkeitlichen Akt des Schiedsspruchs und den beiderseitigen Annahmeerklärungen zusammen, ist also im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Tatbestand des Vertrages drei- und nicht zweigliedrig. Es gibt freilich Verträge, die der Annahme eines Schiedsspruchs nicht unähnlich scheinen. So ist z. B. der Zwangsvergleich im Konkurfe ein „dreigliedriger" Vertrag, der durch prozessuale Parteierklärungen und obrigkeitliche Bestätigung zustandekommt, vgl. § 184 KO [18]). Dennoch kann der Zwangsvergleich der Annahme eines Schiedspruchs nicht als gleichwertig an die Seite gestellt werden [19]). Denn der Zwangsvergleich ist ein echter, durch Angebot und Annahme zwischen dem Gemeinschuldner und den Konkursgläubigern abzuschließender Vertrag [20]). Dagegen findet, wie nochmals betont werden muß, bei der Annahme eines Schiedsspruchs eine gegenseitige Erklärung rechtsgeschäftlichen Wollens nicht statt, so daß hier von einem Vertrage nicht die Rede sein kann. Ist das der Fall, so kann auch hier der Schiedsspruch für sich allein nicht als „Vertragsvorschlag" bezeichnet werden. Damit fällt der Versuch, aus dem Wesen des Schiedsspruchs die Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahren zwecks Änderung laufender Tarifverträge herzuleiten.

Umgekehrt kann der Schiedsspruch auch nicht als Argument für die Unzulässigkeit eines derartigen Schlichtungsverfahrens ins Feld geführt werden. Denn wenn der Schiedsspruch inhaltlich ein Gestaltungsvorschlag ist, so ist nicht einzusehen, warum er neben der Neuschöpfung nicht auch die Umgestaltung von Gesamtvereinbarungen sollte vorschlagen können. Der Begriff der Rechtsgestaltung steht dem jedenfalls nicht entgegen. Denn Gestaltung ist neben der Begründung und Aufhebung auch die Änderung von Rechtsverhältnissen, d. h. ihre gänzliche oder partielle Aufhebung und gleichzeitige Neuschöpfung [21]).

Schließlich versucht man auch, die Unzulässigkeit der ändernden Schlichtung aus dem Begriff der Gesamtstreitigkeiten herzuleiten und stellt zu diesem Zwecke den Satz auf, daß ein Interessenstreit über existente Rechtsbeziehungen unmöglich sei [22]). Ein solcher Streit ist aber sehr wohl in der

---

[17]) S. die in Anm. 16 Zitierten a. a. O.
[18]) Jaeger, Konkursrecht S. 139/140, Anm. 7.
[19]) A. M. offenbar Benzinger a. a. O., S. 26/27.
[20]) S. Anm. 18.
[21]) A. M. Jacobi, JW 1929, 1276, 1277, der die Änderung wegen ihrer Verfügungswirkung als eine in diesem Zusammenhang unzulässige Gestaltungsart bezeichnet.
[22]) Vgl. Flatow, Grundzüge, S. 18, Soz. Prax. 1929, 413; Nipperdey b. Grauert-Schoppen-Mansfeldt, Der Rechtsstreit im Arbeitskampfe der westdeutschen Eisenindustrie 1928, S. 254, sowie das Urteil des RAG in dieser Sache ebenda S. 183 ff., insbes. 196 ff oder JW 1929, 1303, 1306.

Form denkbar, daß die Parteien über die Änderung einer als lästig empfundenen Bestimmung verhandeln, sie aber bis zur Auffindung einer beide Teile befriedigenden Lösung unbedingt aufrecht erhalten. In diesem Falle liegt zweifellos kein Rechtsstreit vor. Denn die Parteien wollen nicht feststellen, was gegenwärtig rechtens ist, sondern was künftig unter ihnen rechtens sein soll. Das Letztere ist aber charakteristisch für den sog. Macht- oder Interessenstreit. Der gegenteiligen Ansicht wäre nur dann beizutreten, wenn feststünde, daß das Wort „Abschluß" in § 3 SchlO gleichbedeutend mit „Neuabschluß" von Gesamtvereinbarungen sein sollte. Hierfür besteht indessen kein sicherer Anhalt [23]).

Einen logisch zwingenden Beweis für die Richtigkeit der engen Auslegung des § 3 SchlO gibt es demnach nicht. Für sie sprechen aber allgemeine Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen [24]). Ausschlaggebend ist jedoch erst der Umstand, daß die Zulassung der ändernden Schlichtung die Anerkennung einer allgemeinen clausula rebus sic stantibus für das Tarifrecht bedeuten würde. Der Fundamentalsatz allen Vertragsrechts, das „pacta sunt servanda" wäre durchbrochen, sollten die Tarifparteien berechtigt sein, bei Eintritt veränderter Umstände eine entsprechende Änderung der laufenden Verträge zu erlangen. Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Ein so wichtiger Schritt wie die Ausschaltung des Grundsatzes der Vertragstreue hätte, wenn er objektiv als gewollt hätte angesehen werden sollen, expressis verbis erfolgen müssen. In diesem Sinne ist die Vorschrift des § 3 SchlO auszulegen [25]).

Zweifelhaft kann nun sein, wie zu entscheiden ist, wenn die Parteien eines laufenden Tarifvertrages übereinstimmend seine Änderung im Schlichtungsverfahren betreiben. Hier wird man auf den Parteiwillen abzustellen haben. Läßt das Verhalten der Parteien die Annahme zu, daß der Tarif, soweit er ihnen änderungsbedürftig erscheint, aufgehoben sein soll, so handelt es sich überhaupt nicht um die Änderung bestehender Rechtsbeziehungen. Ein Schlichtungsverfahren ist daher unumschränkt zulässig. Für eine derartige Auslegung des Parteiwillens wird freilich zumeist kein ausreichender An-

---

[23]) So im Hinblick auf die Vorgeschichte der SchlO Jacobi, JW 1929, 1276/1277; vgl. auch Sitzler-Gaßner, Komm. S. 17.

[24]) Vgl. Stoll, Arbr. u. Schlichtung 1929, 44/45.

[25]) So die herrschende Meinung, vgl. Dersch, Komm., S. 177 ff.; Flatow-Joachim, Komm., S. 25; Jacobi, JW 1929, 1276 ff.; Gutachten Hueck-Nipperdey b. Grauert-Schoppen-Mansfeldt a. a. O., S. 229; Nipperdey daselbst S. 256 ff, Urteil des RAG vom 22. Januar 1929 ebenda S. 196 ff.; Klotz, Arbrecht 1929, 499/500.

A. A. z. B. Sitzler-Gaßner, Kom.. S. 17; Metzler, Arbr. u. Schlichtung 1929, 4/5, 161 ff., insbes. 164; Potthoff, Arbrecht 1929, 65, 66.

halt vorhanden sein[26]). Vielmehr werden die Parteien in der Regel lediglich die bedingte Aufhebung der zu ändernden Bestimmung wollen, derart, daß diese außer Kraft treten soll, falls die Schlichtungsstelle einen beiden Teilen genehmen Spruch fällt. In diesem Falle wird eine unzulässige, weil ändernde Schlichterentscheidung verlangt, denn bei ihrem Erlaß besteht die von den Parteien als lästig empfundene Regelung jedenfalls noch[27]). Daß die Parteien dem Verfahren zugestimmt oder es gar in Gang gesetzt haben, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Denn hier ist die Unzulässigkeit des Schlichtungsverfahrens eine Folge fehlender Entscheidungsgewalt. Dieser im öffentlichen Recht wurzelnde Mangel kann durch ein pactum privatorum nicht behoben werden[28]).

Nun ist nicht zu verkennen, daß in dem zuletzt gedachten Falle eine staatliche Vermittlung oftmals von großem Nutzen sein kann. Die Einleitung eines Sühneverfahrens nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 Zweite AV zur SchlO ist hier nicht möglich, weil die Vermittlung in einem Streit zu erfolgen hätte, der nur durch eine Gesamtvereinbarung beigelegt werden kann. Wohl aber ist unter diesen Voraussetzungen ein Tätigwerden des Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses oder des Schlichters im Vorverfahren gemäß § 5 Abs. 2 SchlO statthaft. Daß der Gesetzgeber an eine derartige Verselbständigung des Vorverfahrens zu einem in sich abgeschlossenen Güteverfahren nicht gedacht hat, ist nach dem Aufbau des § 5 SchlO allerdings kaum zu bezweifeln. Darauf kommt es jedoch nicht an. Entscheidend ist allein, daß die Zulassung dieses besonderen Schlichtungsverfahrens dem Sinn und Zweck der Schlichtungsordnung entspricht. Ist ferner ein ernstliches Streben der Parteien nach Änderung des bestehenden Tarifes Voraussetzung für diese Art der Schlichtung, so schlägt auch nicht das Bedenken durch, daß der Staat hier in verwerflicher Weise Hilfe zum Vertragsbruch leiste. Das gilt um so mehr, als in diesem Verfahren weder eine Zwangsentscheidung gefällt noch auch nur vorbereitet werden kann, die Entschließungsfreiheit der Parteien also in keiner Hinsicht beeinflußt wird[29]).

3. Die Auslegung von Gesamtvereinbarungen.

Der Streit um die Auslegung einer Gesamtvereinbarung ist ein Streit über Inhalt oder Umfang gegenwärtiger Rechte und Pflichten, nicht aber ein

---

[26]) A. M. das RAG, das in dem Einverständnis der Parteien mit der Einleitung oder Durchführung eines Schlichtungsverfahrens zwecks Änderung eines bestehenden Tarifvertrages die unbedingte Aufhebung der vertraglichen Bindung erblickt, vgl. das Urteil im Ruhreisenstreit b. Grauert-Schopen-Mansfeldt S. 202 ff. oder JW 1929, 1306.

[27]) Dazu vgl. Hueck b. Grauert usf. S. 289; dawider Metzler, Arbr. u. Schlichtung 1929, 227 ff.

[28]) RAG b. Grauert usf. S. 202 ff.

[29]) Vgl. auch Flatow, Soz.Prax. 1929, S. 413, Anm. 5, Nipperdey b. Grauert usf. S. 265, Jacobi, JW 1929, 1277; a. M. offenbar Potthoff, Arbrecht 1929, 66.

Streit über den Abschluß oder die Ergänzung einer solchen Vereinbarung [30]). Die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zwecks Beilegung einer Auslegungsstreitigkeit ist daher unzulässig [31]). Ein dem zuwider ergehender Sachspruch der Schlichtungsbehörde würde der gesetzlichen Grundlage entbehren und, da es in Schlichtungssachen keine Appellation gibt, aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus für nichtig zu halten sein [32]). In Anwendung des oben (sub 2 b am Ende) entwickelten Gedankens ist jedoch ein Schlichtungsverfahren zwecks Tarifauslegung dann für zulässig zu erachten, wenn die Parteien übereinstimmend seine Einleitung beantragen. Die Fällung eines Schiedsspruchs ist aber unter allen Umständen ausgeschlossen, vgl. § 5 Abs. 2, 4 SchlO.

---

[30]) Die zur Charakteristik dieses Gegensatzes übliche Bezeichnung der Auslegungs- als „Rechts-" und der Abschluß- als „Interessenstreitigkeiten" ist insofern verfehlt, als auch die Rechtsstreitigkeiten Interessenstreitigkeiten sind. Richtiger wenn auch umständlicher wäre es, von Streitigkeiten über durch subjektive Rechte geschützte bzw. andere Interessen zu sprechen.

[31]) A. A. das RAG; vgl. Bensheimer 7 Nr. 26, wo das RAG die Auslegungsstreitigkeiten ohne Vorbehalt für schlichtungsfähig erklärt. Diese Stellungnahme des RAG steht in krassem Widerspruch zu seinen Ausführungen im Urteil über den Ruhreisenstreit, JW 1929, 1306, wo es heißt: „Entsteht ein Streit über die Bedeutung . . . der vertraglichen Bestimmungen, so handelt es sich . . . nicht um einen Interessen-, sondern einen Rechtsstreit". Gegen die widerspruchsvolle Haltung des RAG auch Joachim, NZfA 1930, 233 ff.

[32]) Im übrigen würde die schlichterliche Auslegung, ihre Zulässigkeit einmal unterstellt, begreiflich etwas ganz anderes darstellen als die entsprechende richterliche Tätigkeit. Das zeigt sich an folgendem Beispiel. Ist in einem Tarifauslegungsstreit ein rechtskräftiges (Gerichts-)Urteil ergangen, so ist das Gericht bei einer Wiederholung dieses Prozesses durch dieselben Parteien in Bezug auf den erhobenen Anspruch an den Inhalt des ersten Urteils gebunden, § 322 ZPO. Die materielle Rechtskraft wirkt also trotz ihres Namens nur prozessual, indem sie das Gericht bindet, und sie wirkt weiterhin, auch das ist für ihr Wesen bezeichnend, nur inter partes. Anders dagegen die Schlichterentscheidung. Gemäß §§ 6 Abs. 3, 5 Abs. 4 SchlO ersetzt die Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs den Abschluß einer Gesamtvereinbarung. Handelt es sich um die Ergänzung einer bestehenden Vereinbarung, so rückt der Schiedsspruch nach dem Gesagten in die laufende Rechtsbeziehung ein und gibt ihr auf diese Weise ein neues Gesicht. Die Schlichtung wirkt demnach materiellrechtlich. Das gilt auch, wenn sie in den Dienst der Auslegung tritt. Der auslegende Schiedsspruch wird daher mit seiner Verbindlicherklärung Bestandteil des auslegungsbedürftigen Tarifs. Als solcher geht er, sofern er die Auslegung einer Tarifnorm zum Gegenstand hat, zufolge der automatischen Wirkung der Normen auch in die Einzelarbeitsverträge über, wirkt also inter omnes. Die schlichterliche Auslegung ist danach eine besondere Form materieller Rechtsgestaltung. Mit Recht wird von Jacobi Grundlehren S. 150 und Anm. 7 ebenda in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß hier ein Fall der sog. authentischen Interpretation vorliegt, d. h. einer Auslegung, die, da sie die bis dahin freie Auslegung bindet, rechtsändernder Natur ist. Diese Erkenntnis ist nicht unwichtig für die richtige Beurteilung der Rechtslage bei den bislang von der Betrachtung ausgeschiedenen Betriebsvereinbarungen. Die gerichtliche Austragung eines Auslegungsstreits zwischen den Parteien einer Betriebsvereinbarung ist nicht möglich, da den Belegschaften in-

Die vorstehenden Ausführungen gelten nun nur für die sog. deutende Auslegung, d. h. die im Rahmen der §§ 133, 157, BGB zu treffende Feststellung des Sinnes eines unklaren Ausdrucks der Parteien[33]). Handelt es sich dagegen darum, bei einer gedanklichen Unklarheit „das eigentlich den Parteien vorschwebende Ziel zu ergründen und die hierauf gerichtete Absicht ihren eigenen Unterlassungen oder Denkfehlern gegenüber ergänzend oder berichtigend zur Geltung zu bringen“[34]), so sind für diese Aufgabe neben den Gerichten auch die Schlichtungsbehörden zuständig[35]). Denn bei dieser Art der Auslegung handelt es sich um Rechtsschöpfung nach Maßgabe des Parteiwillens, nicht aber um Auslegung im eigentlichen Sinn des Wortes[36]). Zugunsten der hier vertretenen Ansicht spricht auch, daß bei einer Bejahung der Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden die Forderung nach Rechtssicherheit vermöge der einheitlichen Lösung aller Zweifelsfragen in weit höherem Maße erfüllt wird, als dies infolge der beschränkten Rechtskraftwirkung der Urteile bei ausschließlicher Zuständigkeit der Gerichte je der Fall sein könnte.

4. Zusammenfassung des Ergebnisses.

Schlichtung im engeren Sinne ist danach zulässig als Hilfeleistung bei dem Abschluß und der Ergänzung von Gesamtvereinbarungen. Zulässig ist weiterhin nach positiver gesetzlicher Vorschrift die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zwecks Änderung und damit auch Auslegung von Betriebsvereinbarungen. Für die Auslegung von Tarifverträgen ist in der Schlichtung nur insoweit Raum, als es sich um die sog. ergänzende Auslegung handelt. In allen übrigen Fällen ist ein Schlichtungsverfahren unzulässig, es sei denn, daß die Parteien übereinstimmend seine Einleitung begehren. Während aber die Schlichtungstätigkeit i. e. S. für gewöhnlich sowohl im Vorverfahren vor dem Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses oder Schlichter als auch in

---

soweit nach positiver gesetzlicher Vorschrift, vgl. §§ 2 Nr. 5, 10 AGG, die Parteifähigkeit mangelt. Wohl aber ist hier die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zulässig, soweit es sich um Dienstvorschriften handelt. Denn die schlichterliche Auslegung ist ja, wie wir gesehen haben, lediglich eine besondere Art der Rechtsänderung und Änderungen der Dienstvorschriften sind gemäß § 75 Abs. 2 BRG im Schlichtungsverfahren jederzeit möglich, vgl. auch § 80 Abs. 1 BRG. Für die Dienstvorschriften ist daher im Gegensatz zu dem für den Tarifvertrag entwickelten Grundsatz die Schlichtung nicht nur eine zulässige sondern auch die einzige Art, auf die der Staat sich auslegend betätigen kann.

[33]) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 192 II 2.

[34]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O.

[35]) A. M. die meisten, vgl. Flatow, Grundzüge S. 13, Walder, NZfA 1923, 742 ff., Wörmbcke, Arbr. und Schlichtung 1929, 83.

[36]) Dazu s. Enneccerus-Nipperdey a. a. O., § 192 II 2 und Anm. 22 ebenda.

dem mit Erlaß eines Schiedsspruchs abschließenden Kammerverfahren ausgeübt wird, vgl. § 5 Abs. 2 4 SchlO [37]), ist in dem letzteren Falle nur ein Vorverfahren möglich.

II. Schlichtung im weiteren Sinne (§ 6 SchlO, § 75 BRG).

Nach § 6 Abs. 3 SchlO ersetzt die Verbindlichkeitserklärung die Annahme eines Schiedsspruchs seitens einer oder beider Parteien. „Annahme" ist hier in dem speziellen Sinne gemeint, den die SchlO diesem Worte in § 5 beigelegt hat. Der Staatsakt „Verbindlichkeitserklärung" wirkt daher genau so, wie wenn die Parteien eine schriftliche Gesamtvereinbarung abgeschlossen hätten, § 5 Abs. 4 Satz 2 SchlO. Die Verbindlichkeitserklärung schafft danach nicht etwa den Tatbestand der Gesamtvereinbarung selbst. Sie entspricht vielmehr nur in allen ihren Rechtsfolgen diesem Tatbestande. Von einem durch den Staat als Vormund oder Pfleger durch Selbstkontrahieren für die Tarifparteien abgeschlossenen Vertrage kann angesichts der gesetzlichen Konstruktion eines Annahme e r s a t z e s nicht die Rede sein. Denn das Surrogat kann seinem Wesen nach nicht auch gleichzeitig das Surrogandum enthalten [38]). Überhaupt muß jeder Versuch, die Rechtswirkungen der Verbindlichkeitserklärung durch das Medium des Vertrages zu erklären, als schädlich zurückgewiesen werden. Die Verbindlichkeitserklärung ist ein einseitiges, obrigkeitliches Diktat, der Vertrag dagegen ein Tatbestand mehrerer übereinstimmender Willenserklärungen. Beide stehen sich folglich diametral gegenüber [39]). Der Versuch ihrer gegenseitigen Verquickung bei der Erklärung der Rechtswirkungen der Verbindlichkeitserklärung ist nur von dem Boden einer Anschauung verständlich, die, an der Omnipotens des Rechts vorübergehend, den Eintritt einer typisch rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge untrennbar mit dem Vorliegen des entsprechenden Rechtsgeschäft selbst verknüpft. Dies aber bedarf keiner weiteren Widerlegung.

Voraussetzung der Verbindlichkeitserklärung ist, daß ein sozial gerechter Schiedsspruch vorliegt und der Gesamtstreit so bedeutend ist, daß seine sofortige Beilegung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich scheint, § 6 Abs. 1 SchlO. Damit hat die Rechtsordnung dem behördlichen Ermessen in doppelter Hinsicht Schranken gezogen. Die staatliche Zwangsgewalt darf nur in wichtigen Fällen und auch dann nur eingesetzt werden, wenn es einen wahrhaft gerechten Arbeitsfrieden herbeizuführen gilt [40]).

---

[37]) Bei Streitigkeiten um Dienstvorschriften nur im Verfahren vor dem Schlichtungsausschuß, vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 und 2 BRG.

[38]) So die meisten, vgl. B e r g , Arbrecht 1930, 492; a. M. K a s k e l a. a. O. S. 368.

[39]) Demnach steht die VE auch nicht dergestalt mit einem Vertrage in Verbindung, daß sie Voraussetzung eines Vertrages oder gar gleichzeitig Vertrag ist; zustimmend B e r g , Arbrecht 1930, 500.

[40]) Zuständig für die VE. ist bei Schiedssprüchen der Schlichtungsausschüsse der Schlichter im übrigen der Reichsarbeitsminister, vgl. § 6 Abs. 2 SchlO.

Der Schlichtung im weiteren Sinne unterliegen nach dem Wortlaut des Gesetzes auch die Streitigkeiten um den Abschluß von Betriebsvereinbarungen, vgl. §§ 3, 6 SchlO [41]). Soweit es sich jedoch um die Aufstellung von Dienstvorschriften handelt, gelten die besonderen Vorschriften der §§ 75, 80 BRG. Danach findet bei Streitigkeiten der vorliegenden Art lediglich ein Schlichtungsverfahren vor dem Schlichtungsausschuß statt, der, wenn es zu einer gütlichen Einigung der Parteien nicht kommt, sogleich eine bindende Entscheidung fällt. Schiedsspruch und Verbindlichkeitserklärung sind hier in einen Akt zusammengezogen, der nach dem Gesetz unmittelbar verbindlich ist. Nur wenn es sich um die Regelung der Arbeitszeit handelt, tritt auch hier eine Spaltung zutage [42]). Die diesbezügliche Entscheidung wirkt lediglich wie ein gewöhnlicher Schiedsspruch, sie kann daher nur durch Annahme oder Verbindlichkeitserklärung gemäß § 6 SchlO zur Vollwirkung gelangen.

III. Das Verfahren vor dem Schlichter nach § 6 a AZVO.

Nach § 6 a der Verordnung über die Arbeitszeit in der Fassung vom 14. April 1927 (RGBl. I S. 110) ist der Schlichter zur bindenden Entscheidung von Streitigkeiten über die Form, Höhe und Berechnungsart von Überstundenlöhnen sowie über das Vorliegen nichtvergütungspflichtiger Arbeitsbereitschaft oder notwendiger Mehrarbeit — vgl. §§ 2, 4 AZVO — berufen, sofern es sich um einen Streit zwischen gesamtvereinbarungsfähigen Parteien handelt, der durch freie Verhandlungen oder ein vorangegangenes Schlichtungsverfahren nicht beigelegt werden konnte. Diese Tätigkeit des Schlichters ist nicht Rechtsprechung [43]), sondern echte Schlichtung [44]).

Herrschender Ansicht nach gibt § 6 a Abs. 2 AZVO dem einzelnen Arbeitnehmer einen unabdingbaren gesetzlichen Anspruch auf angemessenen Überstundenlohn [45]). Würde zwischen den Parteien eines Einzelarbeitsverhältnisses streitig werden, was als angemessener Lohn im Sinne des § 6 a AZVO zu gelten hat, so läge zweifelsohne ein echter (Auslegungs-)Rechtsstreit vor. In dem uns interessierenden Fall des Streits zwischen den Tarif- oder Betriebsvereinbarungsparteien liegen die Dinge jedoch anders. Soll hier bestimmt werden, welcher Lohn als angemessen im Sinne des § 6 a AZVO anzusehen ist, so handelt es sich, da insoweit eine Vereinbarung der Parteien im Regelfall nicht vorhanden ist, um die Ergänzung eines bestehenden Rechtsverhältnisses, für die nach allgemeinen Grundsätzen auch im gewöhnlichen Schlichtungsverfahren Raum wäre (vgl. oben sub II 1). Anders

---

[41]) Näheres hierüber s. oben § 2.
[42]) Vgl. § 75 Abs. 1 Satz 3 BRG.
[43]) A. M. Herschel, Arbr. und Schlichtung 1928, 337 ff. und auch das RAG b. Bensheimer 5 Nr. 24.
[44]) Kaskel a. a. O. S. 121, Horbat, Arbr. und Schlichtung 1928, 53 ff.
[45]) Rohmer, Komm. z. AZVO, S. 36.

wäre nur dann zu entscheiden, wenn eine Gesamtvereinbarung unter Wiederholung des § 6a AZVO eine angemessene Überstundenvergütung vorsieht und nunmehr unter den Parteien streitig wird, was unter „angemessenem" Lohn zu verstehen ist. In diesem Falle würde allerdings ein echter Rechtsstreit vorliegen. Hiervon abgesehen erweist sich jedoch die Tätigkeit des Schlichters nach Maßgabe des § 6a AZVO als echte Schlichtung. Denn Voraussetzung seines Eingreifens ist ein Interessenstreit zwischen schlichtungsfähigen Parteien, der durch eine Gesamtvereinbarung beigelegt werden kann [46]). Demgegenüber kommt dem Wortlaut des Gesetzes, der auch zum Beweis des Gegenteils herangezogen werden kann, keine entscheidende Bedeutung zu [47]). § 6a AZVO führt mithin lediglich ein abgekürztes Schlichtungsverfahren für eine Reihe von Sonderfällen ein, wie wir es ähnlich für den Erlaß von Dienstvorschriften vor dem Schlichtungsausschuß bereits kennen.

IV. Zusammenfassung des Ergebnisses.

Trotz ihrer vielfältigen Erscheinungsformen läßt sich die positivrechtliche Schlichtung auf eine verhältnismäßig knappe Formel bringen. Sie ist nicht, wie man im Hinblick auf den Text des § 3 SchlO vermuten könnte, bloße Hilfeleistung zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen. Denn gerade der wichtigste Teil der schlichterlichen Befugnisse, die Anwendung unmittelbaren Zwanges, wird von der Definition des § 3 SchlO nicht mit erfaßt. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist die Schlichtung daher zu bestimmen als die durch Vermittlung oder unmittelbaren Zwang auf die Herbeiführung von Gesamtvereinbarungsverhältnissen gerichtete staatliche Tätigkeit. Dabei ist unter Herbeiführnng von Gesamtvereinbarungsverhältnissen auch die Ergänzung und ergänzende Auslegung bestehender Vereinbarungen und, sofern es sich um Dienstvorschriften handelt, auch ihre Änderung und Auslegung schlechthin zu begreifen.

Zweiter Abschnitt.

Schlichtung als materielle Funktion.

Die moderne Staatsrechtslehre teilt die gesamte Staatstätigkeit in einem doppelten Sinne in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung auf. Die aristotelische Gleichsetzung von Organtätigkeit und innerem Gehalt dieser

[46]) Für die Konstruktion eines besonders gearteten, allein der Gestaltung der Einzelarbeitsverträge dienenden Verfahrens, das nicht Schlichtung ist, ist demnach zumindest ein Bedürfnis nicht anzuerkennen; a. M. Rohmer, Komm. S. 39; Potthoff, Leipz. Zeitschrift 1928, 450/451.

[47]) So auch Potthoff, Schlwes. 1927, 247.

Tätigkeit ist seit Montesquieu einem verfeinerten, doppelten Funktionsbegriff gewichen. Eine Wandlung, die ihren klassischen Ausdruck findet in dem Satze Jellineks: „Die naive Gleichstellung von Organtätigkeit mit Staatsfunktion, wie sie die Staatslehre von Aristoteles bis in die Gegenwart geübt hat", befriedigt nun nicht mehr, und es „erwächst die Notwendigkeit zwischen materiellen und formellen Funktionen zu scheiden, d. h. zwischen den großen Richtungen der Staatstätigkeit und den Tätigkeiten bestimmter Organgruppen" [48]). Jede Staatstätigkeit kann daher in einem zwiefachen Sinne begriffen werden: ihrem materiellen Gehalt nach oder formell im Hinblick auf das sie ausübende Organ.

Formelle und materielle Funktionsbereiche verhalten sich nun positivrechtlich zu einander wie zwei sich schneidende Kreise. Das Montesquieu'sche Postulat ihrer vollen Kongruenz ist im deutschen Recht nur insoweit durchgeführt, als sich im wesentlichen die Arbeitsteilung der Organe mit der Trennung der Funktionen deckt [49]). Die Staatsorgane üben daher in der Hauptsache entweder nur Gesetzgebung, nur Rechtsprechung oder nur Verwaltung aus.

Der Versuch, den Platz der Schlichtung im Bereich der materiellen Funktionen zu bestimmen, stößt auf besondere, in ihrem Wesen begründete Schwierigkeiten. Daraus erklärt sich, daß die Schlichtung teils als Gesetzgebung [50]), teils als Rechtsprechung [51]), freiwillige Gerichtsbarkeit [25]) oder Verwaltung [53]) angesprochen wird, während wieder andere an der Einordnung der Schlichtung in die herkömmlichen Begriffe überhaupt verzweifeln und demgemäß in ihr eine vierte Funktion erblicken [54]).

Die Verschiedenheit dieser Lösungen läßt einleitend einen kurzen Überblick über den Inhalt der drei staatlichen Grundfunktionen und die Gründe, aus denen man auf eine gänzlich neue Staatstätigkeit außerhalb der bisher üblichen Dreiteilung schließen zu müssen glaubt, geboten erscheinen.

§ 4. Zum Begriff der Gesetzgebung.

Gesetzgebung im materiellen Sinne ist jede rechtsetzende Tätigkeit. Materieller Rechtssatz ist daher eine jede Norm unbeschadet ihrer Entstehungsart und Erscheinungsform [55]). Über die Merkmale des Rechtssatzbegriffs,

[48]) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 609.

[49]) G. Jellinek a. a. O., S. 607 ff., 615; Fleiner, Institut, S. 12; Meyer-Dochow, Verwaltungsrecht, S. 3.

[50]) Neumann, NZfA 1926, Sp. 353 ff.; Benzinger, Verbindlicherklärte Tarifverträge vor den ordtl. Gerichten, Göttinger Dissertat. 1927, S. 23.

[51]) Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung I, S. 95 ff, 125 ff.

[52]) Hoeniger, Die Stellung des unparteiischen Vorsitzenden, S. 5; Derselbe NZfA 1923, Sp. 3; Berg, Der Zwangstarif, Kölner Dissertat. 1929, S. 10.

[53]) Kaskel, Arbeitsrecht, S. 352 und h. A.

[54]) Joachim, Kölner Vierteljahrshefte, 2, S. 78; Hatschek, Einleitung i. d. öfftl. Recht, S. 101 ff., 107 ff.

[55]) Laband, Staatsrecht II, S. 63.

insbesondere über die Frage, ob nur abstrakt-generelle Norm [56]) oder auch die Regelung eines seiner ganzen Natur nach singulären Tatbestandes, die „Individualnorm" [57]), als Rechtssatz anzusprechen ist, herrscht im einzelnen bekanntlich Streit. Eines Eingehens auf diese Streitfrage bedarf es indessen für unsere Untersuchung nicht. Denn gleichgültig welchen Gesetzesbegriff man der Beurteilung der Schlichtung zugrunde legt, ihre Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Funktionskreise ändert sich, wie noch zu zeigen sein wird, trotz des so wechselnden Maßstabes nicht.

Im Zeichen des Rechtsstaates ist alles Recht irgendwie staatlichen Ursprungs [58]), sei es, daß es unmittelbar auf staatlicher Willenserklärung beruht wie Gesetz und Verordnung, sei es, daß es seine Kraft aus staatlicher Duldung oder Ermächtigung schöpft. In dem letzteren Sinne sind Gewohnheitsrecht und „autonome" Satzung (wenigstens mittelbar) staatliches Recht. Denn ohne Statuierung der privaten oder öffentlich-rechtlichen Satzungsbefugnis, ohne Anerkennung des Gewohnheitsrechts durch die Rechtsordnung und die Gerichte wäre dieses Recht kein Recht [59]). Je nachdem, ob ein Rechtssatz im Namen des Staates oder der ihn satzenden Gemeinschaft ergeht, unterscheiden wir daher zwischen unmittelbar staatlichen und staatlich ermächtigtem Recht. Dabei stehen sich diese beiden Normengruppen unserer Auffassung nach nicht als diametrale Gegensätze gegenüber, vielmehr erscheinen sie nur als graduelle Abstufungen einunddesselben (Staats)Rechts [60]).

Fehlt es danach an einem prinzipiellen Unterscheidungsmerkmal, mit dessen Hilfe eine scharfe Trennung innerhalb der Normen durchgeführt werden könnte, so steht der Annahme weiterer Rechtssatzgruppen als Zwischenstufen zwischen den erwähnten beiden großen Normenkomplexen begrifflich jedenfalls nichts entgegen. In diese mittlere Kategorie von Rechtssätzen gehören vornehmlich die der obrigkeitlichen Bestätigung oder Sanktion bedürfenden „autonomen" Satzungen. Es würde auf einer übertriebenen Vorstellung von dem Wert des Gesetzesbefehls beruhen, wollte man aus dem für seine Erteilung zuständigen Subjekt allein auf den rein staatlichen oder autonomen Charakter einer Norm schließen. Denn die Entstehung eines Rechtssatzes vollzieht sich in verschiedenen Phasen, innerhalb deren die Sanktion zwar einen sehr wichtigen Akt der Willensbildung, aber immer doch nur eine condicio unter mehreren darstellt. So zeigt der Tatbestand des

---

[56]) So G. Meyer, Staatsrecht, 2. Aufl., S. 17 und neuerdings Jacobi, Grundlehren, S. 78; vgl. auch Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 231/232.

[57]) Laband a. a. O. I., S. 513; Anschütz, Kritische Studien S. 23/25, 34 ff. u. a. m.

[58]) So für das uns nahe angehende Tarifrecht ausdrücklich Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag, S. 82 u. Anm. 6 ebenda; Dechant, Der Kollektivvertrag, S. 38/39.

[59]) Molitor, Die rechtliche Natur der Arbeitsordnung, Arbr. 1923, Sp. 328 ff, insbes. 329.

[60]) Merkl, Allgem. Verwaltungsrecht, 14.

formellen und gleichzeitig materiellen Gesetzes, daß, abgesehen von der Sanktion, ein Gesetz nur entsteht, wenn die weiteren Voraussetzungen, nämlich Vorschlag und Inhaltsfeststellung, Ausfertigung und Verkündung vorliegen, und ähnlich verhält es sich bei den übrigen Rechtssatzerscheinungsformen. Ohne Gesetzesvorschlag und Feststellung seines Inhaltes würde ein Gesetzesbefehl gegenstandslos sein, weil das „ita" fehlen würde, ohne das es kein „ius esto!" geben kann. Und ebenso ist der sanktionierte Rechtssatz solange nicht Gesetz, wie er nicht ausgefertigt und verkündet ist. Logischer Betrachtung nach ist daher der Gesetzesbefehl nicht mehr und nicht weniger condicio sine qua non eines Rechtssatzes als diese anderen Faktoren auch. Folglich geht es auch nicht an, eine Norm allein um ihrer staatlichen Sanktion willen als unmittelbar staatlichen Ursprungs zu bezeichnen. Vielmehr liegt in Fällen, wo die legislatorischen Akte teils von einer „autonomen" Gemeinschaft und teils vom Staat gesetzt werden, eine eigentümliche Mischform der Gesetzgebung vor [61]).

Die herrschende Lehre nimmt zwar den entgegengesetzten Standpunkt ein, indem sie aus dem Recht des Staates, nach eigenem Ermessen den autonomen Satzungsentwurf abzuändern und ihn mit dieser Änderung zum Gesetz erheben, eine selbständige staatliche Verordnungsgewalt folgert [63]). Daß dieser Schluß aber zu Unrecht gezogen wird, zeigt ein Vergleich mit der Regelung der Reichsgesetzgebung. Wird beispielsweise eine von der Reichsregierung eingebrachte Gesetzesvorlage erst nach Abänderungen durch den Reichstag Gesetz, so wird es hier niemanden einfallen, angesichts der vorgenommenen Änderungen an der Gesetzesvorlage die Mitwirkung der Regierung am Gesetzgebungsprozeß zu bestreiten. Denn mag der Entwurf auch noch so umgestaltet worden sein, die Eingliederung der Reichsregierung in die Legislative wird hierdurch nicht berührt. Dasselbe muß aber für die Stellung eines nichtstaatlichen Verbandes gelten, dem die Rechtsordnung ein unstreitiges [63]) Initiativrecht eingeräumt hat.

Normensetzung in Gemeinschaft mit autonomen Verbänden ist auch ein Teil der schlichterlichen Tätigkeit. Freilich zeichnet sich diese Gesetzgebung „dritten und vierten Grades" [64]) im Gegensatz zu der oben besprochenen genehmigungsbedürftigen autonomen Satzung dadurch aus, daß bei ihr das Vorschlagsrecht dem Staate und die Sanktionsbefugnis den Verbänden zusteht (vgl. unten § 7). Demgemäß vollzieht sich diese schlichterliche Rechtsetzung in einer besonderen Form [65]), die weder staatliche Rechtsverordnung noch autonome Satzung ist und auch nicht der Schaffung einer genehmi-

[61]) Vgl. dazu Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 157/158 u. Anm. 64 ebenda.
[62]) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 132; Hubrich, Der Statutenbegriff, S. 9 ff.
[63]) Gierke, a. a. O., S. 157; Hubrich, a. a. O. S. 22/23.
[64]) So Benzinger, a. a. O., S. 44.
[65]) Denn es gibt keinen numerus clausus von Rechtsquellen, vgl. W. Jellinek a. a. O., S. 132 ff.

gungsbedürftigen Satzung als gleichwertig an die Seite gestellt werden könnte, wenngleich sie der letzteren unzweifelhaft am nächsten verwandt ist.

Soweit die Schlichtung aber Gesetzgebung ist, handelt es sich bei ihr um eine Rechtsschöpfung niederer Ordnung, denn die Normen über das Schlichtungswesen sind in einer auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 13. 10. 1923 ergangenen Verordnung niedergelegt. Die Rechtsgestaltung im Einzelfall nach Maßgabe einer Verordnung, d. h. die konstitutive Verfügung, wird nun von der herrschenden Lehre als Gegensatz zum Rechtssatz bezeichnet[66]). Soweit die Schlichtung mithin nicht nur zur Aufstellung abstrakt-genereller Normen führt, kann sie infolgedessen nicht Gesetzgebung sein. Die Frage nach der Rechtssatzeigenschaft der Individualnorm ist mithin für die Beurteilung der rechtlichen Natur der Schlichtung unerheblich. Denn die Individualnorm ist stets eine Norm höherer Ordnung.

§ 5. Zum Begriff der Rechtsprechung.

Unter Rechtsprechung im materiellen Sinne ist die in einem geordneten Verfahren ergehende, unparteiische Entscheidung über (behauptete) subjektive Rechte und Pflichten zu verstehen[67]). Rechtsprechung ist danach nicht identisch mit Rechtspflege oder Gerichtsbarkeit. Denn diese begreift die Tätigkeit der Gerichte schlechthin in sich und unter jener wird für gewöhnlich die gesamte der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung dienende Staatstätigkeit zusammengefaßt[68]). Andererseits unterscheidet sich die Rechtsprechung durch die Dreizahl der an ihr Beteiligten schon rein äußerlich von dem größten Teil der Verwaltung. Dagegen liegt das charakteristische Unterscheidungsmerkmal gegenüber der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Beschränkung auf Entscheidung über „Ansprüche".

Soweit die freiwillige Gerichtsbarkeit obrigkeitliche Mitwirkung am rechtsgeschäftlichen Verkehr ist wie Beurkundung und Registerführung[69]), hebt sie sich freilich ohnedies hinreichend von der Findung strittigen oder unklaren Rechts ab. Soweit sie aber in der staatlichen Fürsorge und Überwachung privater schutzbedürftiger Interessen besteht, nähert sie sich nicht unwesentlich der Rechtsprechung in Zivilsachen, die gleich ihr dem Schutze privater Belange dient. Hier ist das entscheidende Kriterium, ob dem einzelnen ein materielles subjektives Recht gegen seinen Streitgegner zur Seite steht oder nicht. Fehlt es, so werden die Individualinteressen nur mehr per reflexum geschützt und der Staat handelt wenigstens in erster Linie im Allgemeininteresse. Gerade so liegen die Dinge nun bei der freiwilligen

---

[66]) S. Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 138 ff.

[67]) Vgl. G. Jellinek a. a. O., S. 610; Husserl a. a. O., S. 90 ff., insbes. 93, 103.

[68]) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, S. 24. Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, Vorbem. I zu § 1.

[69]) Schlegelberger, Komm. zum FGG, Teil I, Vorbemerkungen II 1; Lent, Freiw. Gerichtsbarkeit, S. 1 ff.

Gerichtsbarkeit. Hat auch hier der einzelne oftmals ein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat auf Tätigwerden, das sich in der Abhängigkeit der Verfahrenseinleitung und -durchführung von einem Antrag ausdrückt [70]), so hat er doch kein subjektives Recht auf Gestaltung gegen seinen Streitgegner. Denn trotz einer derartigen Abhängigkeit des Verfahrens von dem Willen der Beteiligten ist die zu treffende Sachentscheidung doch grundsätzlich in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt. Das Gesetz hat somit nur die Voraussetzungen normiert, unter denen das Gericht eingreifen kann, nicht aber eingreifen muß. Daraus erhellt, daß Erwägungen, die vornehmlich dem öffentlichen Interesse Rechnung tragen, den Entscheidungsinhalt im Einzelfall bestimmen sollen und nicht die alleinige Rücksicht auf private Interessen, denn andernfalls würde die Rechtsordnung dem einzelnen zur Stärkung seiner Stellung einen privatrechtlichen Anspruch auf Gestaltung verliehen haben. Je nachdem, ob ein solches Gestaltungsrecht vorhanden ist oder nicht, ist daher die Grenze zwischen Rechtsprechung und freiwilliger Gerichtsbarkeit zu ziehen.

§ 6. Zum Begriff der Verwaltung.

„Alle Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Justiz ist, heißt Verwaltung" [71]). So oder ähnlich lautet die — durchweg negative — Definition der herrschenden Lehre für die Verwaltung. Diese Begriffsbestimmung gibt jedoch kein richtiges Bild von dem Stand der herrschenden Meinung. Denn die Anerkennung einer vierten Funktion durch sie zeigt, daß ihren Unterscheidungen tatsächlich ein positiver Verwaltungsbegriff zugrunde liegt [72]). Ohne seine Zuhilfenahme müßte jede Staatstätigkeit, sofern sie nicht der negativ zu umschreibenden Verwaltung zuzurechnen wäre, mit logischer Notwendigkeit Gesetzgebung oder Rechtsprechung sein. Die Anerkennung einer besonderen, vierten Funktion hat daher einen positiven Verwaltungsbegriff zur Voraussetzung. Die schwierige Frage, ob die herrschende Lehre zu Recht mit der traditionellen Dreizahl der Funktionen gebrochen hat oder nicht, kann für unsere Untersuchung dahingestellt bleiben. Denn die Gründe, aus denen heraus man eine Reihe von staatlichen Tätigkeiten wie Außenverwaltung, Kriegsführung und Regierung von der Verwaltung abgesondert und als neuen Funktionskomplex zusammengefaßt hat [73]), decken sich jedenfalls in keiner Weise mit den für die Einordnung der Schlichtung in die vierte Funktion maßgebenden Argumenten [74]). Bevor wir uns jedoch diesem bereits die besonderen Verhältnisse der Schlichtung berücksichtigen-

[70]) G. Jellinek, System der subj. öfftl. Rechte, S. 79.
[71]) So Hatschek a. a. O., S. 5; vgl. ferner W. Jellinek a. a. O., S. 6; O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 7.
[72]) Vgl. W. Jellinek a. a. O., S. 6; O. Mayer a. a. O., S. 7 ff.
[73]) S. die in Anm. 72 Zitierten.
[74]) Näheres über diese Frage s. am Ende des §.

den Teile zuwenden, ist es angebracht, einen kurzen Blick auf die begrifflichen Beziehungen zwischen der Verwaltung und demjenigen Aufgabenkreis des Staates zu werfen, der gemeinhin unter der Bezeichnung „freiwillige Gerichtsbarkeit" zusammengefaßt wird.

In der staats- und verwaltungsrechtlichen Literatur wird die freiwillige Gerichtsbarkeit zumeist als ein besonderer Zweig der Verwaltung behandelt [75]). Dagegen wird von Seiten der Zivilprozessualisten dieser Gleichsetzung widersprochen, weil die Verwaltung einseitig der Pflege öffentlicher Interessen diene, während die freiwillige Gerichtsbarkeit private Interessen beschütze. Immerhin wird auch hier zugegeben, daß der Art nach ein Unterschied zwischen der Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde und der der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht besteht [76]). Auf den Unterschied im Objekt kommt es indessen nicht an. Denn die Verwaltung ist a priori nicht auf die Wahrnehmung öffentlicher Interessen beschränkt. Daß nach Abzug von Gesetzgebung und Rechtsprechung alle Staatstätigkeit allein in Wahrnehmung öffentlicher Belange geschehe, ist eine offensichtliche petitio principii [77]). Gesetzgebung und Rechtsprechung sind Funktionen, ohne die ein Staat noch vorstellbar ist. Verwaltung muß dagegen immer geübt werden; ein verwaltungsloser Staat wäre Anarchie [78]). Hier erhebt sich nun die Frage, ob in einem solchen „Verwaltungsstaat" Privatinteressen noch Schutz finden oder nicht. Daß die Antwort bejahend ausfallen muß, zeigt ein Blick auf das geltende Polizeirecht.

Nach § 10 II 17 ALR ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung Aufgabe der Polizei. Bei der Auslegung dieser Vorschrift ist man sich darüber einig, daß nicht nur die gesamte öffentliche, sondern auch die gesamte Privatrechtsordnung Bestandteil der öffentlichen Ordnung ist, daß der Polizei aber ein Tätigwerden im Interesse der Privatrechtsordnung wegen der Zuständigkeit der Gerichte grundsätzlich verwehrt ist [79]). Von diesem Grundsatz gibt es nun eine charakteristische Ausnahme. Sowie nämlich der Schutz der Privatinteressen durch die Gerichte zu spät kommen würde, ist die

---

[75]) Vgl. G. Jellinek, System d. subj. öfftl. Rechte S. 88/89; W. Jellinek, a. a. O. S. 11; Kormann, System der rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 6/7. Meyer-Anschütz, Staatsrecht I, S. 275.; Meyer-Dochow a. a. O., S. 5; Laband a. a. O. Bd. II, S. 179 Anm. 2; Anschütz, Komm. zur RV Vorbem. zu Art. 102; Giese Komm. zur RV. Vorbem. II zu Art. 102.

[76]) Hellwig, Lehrbuch I, S. 76; Schlegelberger a. a. O., Vorbem. zum I. Abschn. Anm. 10; vgl. ferner Stein-Jonas, Komm. § 1 III; Stein, Grenzen u. Beziehungen von Justiz u. Verwaltung, S. 36.

[77]) Mit Recht weist Berg a. a. O., S. 13 in diesem Zusammenhange darauf hin, daß die Tätigkeit des Reichspatentamtes (Schutz privater Interessen!) regelmäßig als Verwaltung zu bezeichnet werden pflegt.

[78]) So G. Jellinek, Allg. Staatslehre S. 612.

[79]) Drews, Preuß. Polizeirecht, S. 22.

Polizei zum Einschreiten wieder befugt. Auf dieser Erwägung fußt der Erlaß einstweiliger polizeilicher Anordnungen in Privatrechtsstreitigkeiten [80]).

Daß in solchem Falle die Regelung privatrechtlicher Angelegenheiten Inhalt der polizeilichen Tätigkeit ist, liegt auf der Hand. Diese Tatsache wird freilich regelmäßig dadurch verdunkelt, daß man, um den Schutz öffentlicher Belange darzutun, von einem Eingriff der Polizei zwecks Aufrechterhaltung der Rechtsordnung spricht. Mit demselben Recht, mit dem man diese These aufstellt, könnte man aber auch behaupten, die Zivilgerichtsbarkeit diene in erster Linie dem Schutz der öffentlichen Ordnung, während richtiger Ansicht nach in dem gedachten Falle die Polizei wie sonst das Gericht unmittelbar im Privatinteresse tätig wird und dabei mittelbar dem öffentlichen Interesse dient. Denn die Änderung der Organkompetenz berührt nicht die Natur der zu ordnenden Rechtsverhältnisse.

Ist danach die Verwaltung weder a priori noch positivrechtlich auf die Wahrung öffentlicher Belange beschränkt, so besteht in der Tat gegen die Subsumtion der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter sie kein Bedenken.

Abschließend ist dann noch auf die Gründe einzugehen, aus denen heraus man versucht hat, die Schlichtung in den Bereich der vierten Funktion zu verweisen. Der Gedanke, daß die Schlichtung sich dem überkommenen Dreiteilungsschema nicht eingliedern lasse, findet sich wohl zuerst bei Joachim ausgesprochen [81]). Joachim erörtert die Gründe für seine Stellungnahme jedoch nicht näher, so daß eine Auseinandersetzung mit seiner Ansicht nicht möglich ist. Anders Hatschek.

Die Untersuchung Hatscheks gipfelt in der Erkenntnis, daß die Schlichtung weder Rechtsprechung noch Verwaltung, wohl aber Gesetzgebung sei, nämlich insoweit sie durch Verbindlichkeitserklärung zur Aufstellung von Normen führe [82]). Dagegen soll der bloße Schlichtungsvorschlag als ein diese Normensetzung vorbereitender Staatsakt keiner der drei staatlichen Grundfunktionen, insbesondere nicht der Verwaltung zugerechnet werden können, da diese, soweit sie juristisch erfaßbar sei, erst mit dem Verwaltungsakt, d. h. einem obrigkeitlichen Ausspruch der Verwaltung, der dem Individuum im gegebenen Falle sein Recht zuweist, beginne [83]). Und endlich soll nach Hatschek die Auffassung der Schlichtung als Verwaltung auch daran scheitern, daß den tariflichen Schiedsstellen in einer dem geltenden Verwaltungsrecht unbekannten Weise der Vorrang vor den staatlichen Schlichtungsbehörden eingeräumt ist, vgl. § 9 Zweite AV zur SchlO.

Dem kann nicht beigetreten werden. Hat auch die tarifliche Schiedsklausel im Gegensatz zu ihrem zivilprozessualen Analogon in § 274 Nr. 3 ZPO [84])

---

[80]) Drews, a. a. O., S. 22/23; Entscheidg. d. preuß. OVG, Bd. 59. 441; 77, 333.
[81]) Joachim, Kölner Vierteljahreshefte 2, 72 ff.
[82]) Hatschek, Einleitung i. d. öfftl. Recht, S. 107 ff., insbesondere S. 111.
[83]) Vgl. O. Mayer a. a. O., Bd. I, S. 93.
[84]) Darüber s. Rosenberg a. a. O., S. 284/285.

die Bedeutung einer von Amtswegen zu beachtenden Verfahrensvoraussetzung, so entbehrt doch die Ausschaltung der staatlichen durch die tariflichen Schlichtungsstellen unter dem Gesichtspunkt der Selbstverwaltung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts der Originalität. Faßt man nämlich den Vorrang der vereinbarten Schlichtungsstellen als einen Ausfluß des Prinzips der Selbstverwaltung auf, so kommt den staatlichen Schlichtungsbehörden begrifflich lediglich die Stellung sog. staatlicher Ersatzorgane zu, deren Aufgabe darin besteht, im Falle des Versagens der Selbstverwaltungsorgane die an sich diesen obliegenden Funktionen auszuüben. Es soll nun nicht bestritten werden, daß von einer echten Selbstverwaltung der tariffähigen Verbände mangels einer regulären Staatsaufsicht über sie nicht die Rede sein kann[85]). Allein ebenso unzweifelhaft dürfte sein, daß der Gedanke der Selbstverwaltung in dem hier zur Rede stehenden Falle wenigstens materiell Ausdruck gefunden hat. Denn bestehen überhaupt „autonome" Schlichtungsstellen, so können die staatlichen Schlichtungsbehörden nur unter den eng umrissenen Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 2 Zweite AV zur SchlO noch in Aktion treten, d. h. nur wenn die ersteren den ihnen gestellten Aufgaben nicht gerecht zu werden vermögen[86]).

Ebensowenig durchschlagend ist schließlich das von Hatschek aus dem Begriff des Verwaltungsaktes im Sinne O. Mayers gegen die herrschende Lehre angeführte Bedenken. Es ist an sich schon etwas mißliches, mit Hilfe eines dem formellen Funktionskreise entlehnten Begriffs die materiellen Funktionsgrenzen zu bestimmen. Dieser Versuch muß im vorliegenden Falle aber um so mehr zurückgewiesen werden, als die Identifizierung von Verwaltung- und Verwaltungsakt von Hatschek zu Unrecht vorgenommen wird. Denn die rechtlich relevanten Handlungen der Verwaltung sind durchaus nicht nur „Verwaltungsakte" in dem angedeuteten Sinne[87]). Hinzukommt, daß, wie die Beispiele zu dem Begriff des Verwaltungsakts zeigen, dieser sich nur auf solche Akte bezieht, die öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Staat und Untertanen regeln, während die Schlichtung gerade die Regelung privatrechtlicher Beziehungen von Verband zu Verband zum Gegenstande hat[88]). Nicht der Verwaltungsakt, sondern die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wären daher, wollte man überhaupt die Hatschek'sche Methode der Beweisführung für zulässig halten, der Beurteilung der Schlichtung zugrunde zu legen. Tut man aber das, so wird,

---

[85]) Vgl. statt aller Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II, S. 116.

[86]) § 9 Abs. 2 Satz 2 lautet: „Wird die Schlichtungsstelle trotz Anrufung oder Verweisung innerhalb einer vom Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses ... bestimmten angemessenen Frist nicht tätig oder führt das Verfahren vor ihr zu keiner Gesamtvereinbarung, so wird die angerufene Schlichtungsbehörde zuständig".

[87]) Vgl. G. Jellinek a. a. O., S. 611 und Anm. 2 ebenda; ferner Kormann a. a. O., S. 15, 22/23.

[88]) So mit Recht Berg a. a. O., S. 10.

einmal abgesehen von der Frage der Normensetzung im Schlichtungsverfahren, die enge Verwandtschaft zwischen Schlichtung und freiwilliger Gerichtsbarkeit sogleich offenbar. Denn hier wie dort handelt es sich um den Ausgleich privater Interessen durch obrigkeitlichen Ausspruch. Die Beschränkung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die Entwicklung existenter Rechtsverhältnisse steht zwar in einem gewissen Gegensatz zu der Tatsache, daß die Schlichtung grundsätzlich auf die Schaffung neuer Rechtsverhältnisse abzielt[89]). Allein dieser Gegensatz wird durch die Anerkennung eines ganz allgemein die Ausgleichung privater Interessen umfassenden, aprioristischen Begriffs der freiwilligen Gerichtsbarkeit jeder Bedeutung bar.

Ohne Einfluß auf die Einordnung der Schlichtung in diesen oder jenen Funktionskomplex ist schließlich, daß, wie Hatschek richtig betont, der schlichterliche Schiedsspruch eine Rechtslage schafft. Denn derartige, auf Erzeugung einer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit gerichtete Verwaltungsakte waren auch dem bisherigen Recht schon bekannt[90]). Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die von Hatschek zur Stützung seiner These vorgebrachten Argumente nicht beweiskräftig sind. Der Inanspruchnahme der problematischen vierten Funktion zur Erfassung der rechtlichen Natur der Schlichtung bedarf es aus den Gründen Hatscheks mithin nicht. Daß ein solches non liquet auch im übrigen nicht nötig ist, wird in den folgenden Erörterungen darzulegen sein.

§ 7. Schlichtung als Gesetzgebung.

Soll Schlichtung Gesetzgebung sein, so muß sie eine auf Normensetzung gerichtete Tätigkeit sein. Die schwächste Wirkung eines Rechtssatzes ist nun seine Geltung ohne, aber nicht gegen den Willen des ihm Unterworfenen, d. h. die unmittelbare, dispositive Wirkung. Fehlt einer „Norm" jede unmittelbare Geltungskraft und gilt sie nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Unterwerfung im Einzelfall, vgl. §§ 133, 157 BGB, so liegt eine bloße schuldrechtliche Richtlinie, kein Rechtssatz mehr vor[91]). Diese Erkenntnis führt zu einer Beschränkung unserer Untersuchung auf die Schlichtung derjenigen Streitigkeiten, die durch eine normativ wirkende Gesamtvereinbarung beigelegt werden können.

Normativ wirken nach positiver gesetzlicher Vorschrift nun nur die Arbeitsordnung und der Tarifvertrag. Für die übrigen Gesamtvereinbarungen fehlt eine entsprechende Regelung. Sie können daher nur, soweit sie überhaupt rechtssatzähnlich sind, als Richtlinien ohne Gesetzescharakter angesehen werden. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen des § 1 TVO und des § 134 c GewO ist ausgeschlossen, da die Rechtssatzwirkung privater

[89]) Kaskel a. a. O., S. 352, Anm. 1; Benzinger a. a. O., S. 32, Anm. 57.
[90]) Beispiele bei Kormann a. a. O., S. 108.
[91]) s. Hueck, Normenverträge in Jherings Jahrb., Bd. 73, S. 36 ff, 80/81.

Willenserklärungen stets eine Ausnahmeerscheinung darstellt[92]). Infolgedessen scheidet die Schlichtung in Streitigkeiten um gewöhnliche Dienstvorschriften und Betriebsvereinbarungen nach § 6a AZVO von der weiteren Erörterung in diesem Zusammenhang aus. Was danach übrig bleibt, ist die Schlichtung im Streit um Arbeitsordnung, Tarifvertrag und Tarifvertragsergänzung gemäß § 6a AZVO. Auf sie allein bezieht sich mithin die nachstehende Untersuchung.

I. Die Bedeutung des formlosen Einigungsvorschlages.

Der Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle nach § 5 SchlO schafft keinerlei rechtliche Bindungen. Er ist vielmehr ein in Ausführung des § 5 l. c. ergehender Staatsakt, dessen Bedeutung sich im bloßen Gesetzesvollzug erschöpft[93]). Insbesondere ist dieser Einigungsvorschlag als Staatsakt keiner weiteren Entwicklung zur normativen Wirkung fähig. Nehmen die Parteien ihn an, so übernehmen sie in Wahrheit lediglich seinen Inhalt in i h r e Willenserklärung. Ob diese wirksam ist, beurteilt sich ausschließlich nach den allgemein gültigen Regeln über die Voraussetzungen und Wirkungen von Rechtsgeschäften. Die inhaltliche Geltung des Einigungsvorschlages beruht mithin stets auf rechtsgeschäftlichem Parteiwillen; der Vorschlag selbst in seiner Eigenschaft als Staatsakt vermag im Verhältnis zu den Parteien keinerlei Wirkung hervorzubringen. Ist das aber der Fall, so kann der formlose Einigungsvorschlag weder als Norm noch überhaupt als ein auf Rechtsetzung gerichteter Staatsakt betrachtet werden.

II. Die Bedeutung von Schiedsspruch, Annahme und Verbindlichkeitserklärung.

Anders dagegen ist die Rechtslage beim Schiedsspruch, § 5 Abs. 4 SchlO. Schiedsspruch und Annahmeerklärung der Parteien stellen ein einheitliches, mit den Wirkungen einer Gesamtvereinbarung ausgestattetes Rechtsgebilde dar. Weder lassen sich die Rechtsfolgen eines angenommenen Schiedsspruchs allein auf den Staatsakt „Schiedsspruch" noch allein auf die Annahmeerklärungen der Parteien zurückführen. Vielmehr ist eines in seiner Wirkung vom andern abhängig[94]). Nehmen daher die Parteien einen nichtigen

---

[92]) Vgl. J a c o b i a. a. O., S. 413 ff, H u e c k, Arch. f. öfftl. Recht, Bd. 14, S. 468; im Ergebnis zustimmend auch D e r s c h, Komm. zum BRG § 75 Anm. 2b, § 80 Anm. B, LAG O s n a b r ü c k in Rspr. in Arbs. 1928, 378; s. auch K a s k e l a. a. O., S. 61, N ö r p e l, Schlwes. 1925, 25. A.M. F l a t o w, Komm. zum BRG S. 180, S i n z h e i m e r, Grundzüge S. 239.

[93]) d. h. ein rein tatsächlicher Staatsakt, vgl. K o r m a n n a. a. O., S. 22/23.

[94]) A.M. die meisten, vgl. K a s k e l a. a. O., S. 366/67, D e r s c h, Rechtskraft in NZfA 1923, Sp. 365; letzterer jedoch inkonsequenterweise, da er bei der Verbindlichkeitserklärung offensichtlich keine Konsumtion des Schiedsspruchs durch sie annimmt.

Schiedsspruch mündlich an, so kommt unter den Voraussetzungen der §§ 145ff. BGB lediglich ein Vertrag zustande, der in seinen Rechtswirkungen den Tarifverträgen aus der Zeit vor der TVO entspricht. Denn nur die gültige Annahme eines gültigen Schiedsspruchs hat die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung, § 5 Abs. 4 SchlO, § 1 TVO. Betätigen sich der Staat und die Verbände danach gemeinschaftlich rechtsgestaltend, so steht der Auffassung des Schiedsspruchs als eines Gesetzgebungsvorschlags nichts im Wege, es sei denn, daß die normative Wirkung der Gesamtvereinbarungen nicht auf einem Normengehalt beruht. Da nun aber Tarifvertrag, angenommener und verbindlicherklärter Schiedsspruch in ihren Wirkungen gleich und diese nur Surrogate jenes sind, ist der materielle Gehalt der Tarifsatzung [95]) entscheidend für die Zugehörigkeit der Schlichtung zur Gesetzgebung. Tarif- und Arbeitsordnungsnorm seien daher auf ihre Rechtssatzeigenschaft hin einmal des näheren geprüft.

III. Die rechtliche Natur von Tarifsatzung und Arbeitsordnung.

Arbeitsordnung und Tarifsatzung wirken ausschließlich normativ. Während aber die Arbeitsordnung nach der positiven gesetzlichen Bestimmung der §§ 134 b und f GewO keinerlei schuldrechtliche Bestandteile enthalten darf, ist die Tarifsatzung ohne engste Verknüpfung mit schuldrechtlichen Vertragselementen undenkbar. Denn jedem Tarifvertrag wohnen begriffsnotwendig die sog. Friedens- und Durchführungspflicht als echte obligatorische Beziehungen der Parteien zueinander inne [96]). Die Parteien wollen nicht nur die Tarifnormen sondern auch ihre Garantie durch den Gegner. Ohne daß die Friedens- und Durchführungspflicht daher ausdrücklich statuiert werden müßte, ist ihre Vereinbarung bereits auf der Existenz der Tarifsatzung nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen zu folgern. Der normative Teil eines Tarifvertrages kann somit in zwiefacher Hinsicht obligatorische Wirkungen äußern: einmal kann mangels besonderer Abrede aus seiner Existenz das gegenseitige Friedens- und Durchführungsversprechen der Parteien herzuleiten sein; außerdem aber, und das ist immer der Fall, verleihen die Tarifnormen diesen schuldrechtlichen Garantiepflichten überhaupt erst Sinn und Inhalt. Denn primär ist stets die Norm, sekundär ihre Gewährleistung. Trotz enger Verknüpfung miteinander sind aber normativer und obligatorischer Teil begrifflich scharf zu trennen. Was sich äußerlich als eine untrennbare Einheit darstellt, scheidet sich nach Willensrichtung und Wirkung in zwei Gruppen. Der normative Teil des Tarifvertrages gilt als solcher nur im Verhältnis zu den nicht am Tarifabschluß beteiligten Einzelarbeitgebern und -nehmern, und hier mit gesetzes-

---

[95]) Und entsprechend der Arbeitsordnung.

[96]) Hierzu und zu dem folgenden Kaskel a. a. O., S. 19 u. Anm. 2 ebenda, S. 23; Sitzler-Gaßner, Komm. zur SchlO, S. 17.

gleicher Kraft. Dagegen wirkt der obligatorische Teil grundsätzlich nur inter partes und zeigt gegenüber anderen Verträgen keine Besonderheit.

Die gleiche Scheidung in normative und obligatorische Akte gilt nun auch für die Schlichtung. Nach § 3 SchlO ist ganz allgemein die Hilfeleistung zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen Aufgabe der Schlichtungsbehörden. Ein Schiedsspruch in einem Tarifstreit ist mithin die (potentielle) Basis eines Tarifvertrages mit allen seinen Wirkungen, die nötigenfalls auch durch Verbindlichkeitserklärung erzeugt werden können. Die Hoeniger'sche Lehre vom „nichtrealisierbaren Zwangstarif“ [97]) findet im Gesetz keine Stütze und wird mit Recht von der herrschenden Meinung verworfen [98]).

Die Erfassung der normativen schlichterlichen Akte nötigt nun zu einer eingehenden Untersuchung ihrer materiellrechtlichen Korrelate, der Arbeitsordnung und Tarifsatzung.

1. Die Tarifsatzung als Rechtsquelle.

a) Die Tarifsatzung kein unmittelbar staatliches Recht.

Bezeichnen wir als unmittelbar staatliches Recht nur die im Namen des Staates erlassenen Normen (s. oben § 4), so ist ohne weiteres klar, daß die Tarifsatzung — sofern sie überhaupt Norm ist — nicht zu den im Namen des Staates ergehenden materiellen Gesetzen zählt. Denn schließen die Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, um den Hauptfall herauszugreifen, einen Tarifvertrag, so handeln sie im eigenen Namen in ihrer Eigenschaft als privatrechtliche Vereinigungen [99]). Selbst wenn man aber in diesen Zusammenschlüssen öffentlich-rechtliche Korporationen erblicken wollte [100]), wäre dies für die in Rede stehende Frage unerheblich, da auch sie nur im eigenen Namen tätig werden würden. Schon aus diesem Grunde geht es nicht an, den Tarifvertrag als staatliche Rechtsverordnung anzusehen [101]). So bleibt nur die Autonomie als Ursprung der Tarifsatzung.

b) Die Tarifsatzung als mittelbar staatliches Recht.

Rechtsquellen der Autonomie sind die autonome Satzung und die freilich nicht allerseits anerkannte Vereinbarung [102]).

---

[97]) Hoeniger, NZfA 1929, Sp. 271 ff, 343 ff, leugnet aus allgemeinen und historischen Erwägungen eine Durchführungspflicht für den Zwangstarif und spricht von ihr nur als von einer Naturalobligation, vgl. Sp. 347.

[98]) Vgl. Nipperdey, NZfA 1929, Sp. 747 ff.

[99]) Hueck-Nipperdey a. a. O., Bd. II, S. 115 ff; Jacobi a. a. O., S. 405/407; Sinzheimer a. a. O., S. 273; Sitzler, Das neue Tarifrecht, S. 12; Hueck, Normenverträge, S. 96.

[100]) Kaskel a. a. O., S. 20, insbes. Anm. 3 ebenda.

[101]) Über dieses Bedenken setzen sich Dechant, Der Kollektivvertrag S. 38 ff, insbes. 41 und Becker, Tarifnormenkollision S. 7 hinweg.

[102]) Zum Begriff der Vereinbarung vgl. Binding, Gründung des Norddeutschen Bundes S. 69, Triepel, Völkerrecht und Landesrecht S. 13 ff, G. Jellinek, System d. subj. öfftl. Rechte, S. 204 ff.

aa) Die Tarifsatzung keine autonome Satzung.

Die Auffassung der Tarifsatzung als einer autonomen Satzung scheitert offensichtlich daran, daß bei Tarifabschluß augenscheinlich nicht ein Verband für seine Mitglieder Recht setzt, sondern deren zwei für ihre Mitglieder gemeinschaftlich. Neuerdings gewinnt freilich die erstere Ansicht an Boden. So führen Kaskel und ihm folgend Hueck-Nipperdey aus, jeder Verband setze allein für seine Angehörigen Normen, die sich inhaltlich mit den von dem gegnerischen Verband erlassenen deckten[103]). Diese Auffassung muß jedoch als gekünstelt zurückgewiesen werden. Denn es ist nicht so, daß die kontrahierenden Verbände sich lediglich über den Inhalt der für ihre Mitglieder zu erlassenden Normen einigen und diese dann durch einen intern verbandsrechtlichen Akt — der zudem gleichzeitig in der Abrede über den Inhalt der Einzelsatzung liegen müßte — schaffen. Vielmehr wollen die Tarifparteien den Inhalt der künftigen Arbeitsverträge ihrer Mitglieder unmittelbar in einer den Arbeitnehmer wie den Arbeitgeber gleichmäßig bindenden Weise bestimmen. Nach Kaskel müßte man dagegen annehmen, daß die Parteien sich lediglich gegenseitig zum Erlaß einer bestimmten „Satzung" verpflichteten und dieser ihrer Verpflichtung zugleich — gewissermaßen uno actu wie beim Barkauf — nachkämen! Eine Konstruktion, die mit dem wahren Willen der Parteien kaum in Übereinstimmung zu bringen sein dürfte.

bb) Die Tarifsatzung als Vereinbarung.

Die Vereinbarung wird in der Regel als die Verschmelzung verschiedener, inhaltlich gleicher Willen definiert[104]). Vereinbarung und Vertrag stehen danach in einem gewissen Gegensatz zueinander. Der Vertrag im engeren Sinne zeichnet sich aus durch korrespondierende Willenserklärungen zwecks Befriedigung entgegengesetzter Interessen, die Vereinbarung durch die völlige Willensgleichheit der an ihr Beteiligten zwecks Befriedigung gleicher oder gemeinsamer Interessen. Beim Vertrage erklärt jeder Kontrahent das Wollen eigener Handlung wie das Wollen eines Geschehens. Der eigene Handlungswille ist verschieden: der eine will geben, der andere nehmen. Bei dem Geschehniswillen muß man unterscheiden: Das Wollen des rechtlichen und wirtschaftlichen Enderfolges ist bei beiden Teilen gleich. Dagegen entspricht dem Wollen des Verhaltens des Vertragsgegners der eigene Handlungswille (die Kaufpreiszahlung will der Verkäufer als fremde, der Käufer als eigene Handlung). So mit Recht das Beispiel bei Triepel[105]).

Der Versuch, den normbegründeten Willen zweier Parteien in ähnlicher Weise in seine Bestandteile zu zerlegen, deckt die begriffliche Verschieden-

[103]) Kaskel a.a.O., S. 20, Anm. 3; Hueck-Nipperdey a.a.O., Bd. II, S. 119, Anm. 19.
[104]) s. die in Anm. 102 zitierten.
[105]) Triepel a.a.O., S. 42 ff.

heit zwischen Vertrag und Vereinbarung auf. Es ist unmöglich, etwa die Bestimmung „die tägliche Arbeitszeit beträgt 8 Stunden, der Stundenlohn 1 RM." auf nicht absolut gleich gerichtete Willenserklärungen zurückzuführen. In dieser Diskrepanz liegt die Rechtfertigung des besonderen Vereinbarungsbegriffs, mag auch das Privatrecht Vertrag und Vereinbarung unterschiedslos als „Vertrag" behandeln.

Wäre der Tarifvertrag ein echter Vertrag, so müßte dies zu den sonderbarsten Konsequenzen im System des Vertragsrechts führen. Einmal wäre der Tarif ein Vertrag zu Lasten Dritter, da er den Kreis von Rechten und Pflichten dritter, an seinem Abschluß unbeteiligter Personen mit bindender Wirkung für und gegen sie festlegt, denn die Vertretungs- oder Kombinationstheorie wird ja für den Tarifvertrag abgelehnt[107]). Darüber hinaus stellte sich dieser „Vertrag" als ein die Vertragsfreiheit der ihm Unterworfenen einengendes Rechtsinstitut dar, können doch die von seinen Normen Betroffenen entgegen der Vorschrift des § 305 BGB den Inhalt ihrer Arbeitsverträge nicht mehr frei bestimmen. Über diese Schwierigkeit hilft auch die Vertretungstheorie nicht hinweg. Denn beruhte die Wirkung der Tarifsatzung zwischen den Kontrahenten der Einzelarbeitsverträge auf ihrer gegenseitigen rechtsgeschäftlichen Unterwerfung unter sie, so bliebe es doch dabei, daß hier die Lösung von der einmal getroffenen Abrede ausnahmsweise auch nicht durch contrarius consensus erfolgen kann. Die generelle Erwägung endlich, daß die Tarifsatzung insofern auf dem Willen des einzelnen Verbandsmitgliedes beruhe, als dieses durch seinen Beitritt zum Verbande von vornherein allen tariflichen Abmachungen sein Placet erteilt habe[108]), kann ebensowenig als durchschlagend erachtet werden, weil sich mit ihrer Hilfe genau so gut jedes staatliche Gesetz nach Art des contrat social auf den rechtgeschäftlichen Individualwillen zurückführen ließe. Hiervon abgesehen vermag der Erklärungsversuch Jacobi's auch deswegen nicht zu befriedigen, weil er gleich der erwähnten Vertretungstheorie die Unabdingbarkeit der Tarifnormen zu erklären nicht imstande ist. Eine befriedigende Lösung dieses Problems bietet allein die Annahme der Rechtsetzung im Wege der Vereinbarung.

cc) Die Verkündung der Tarifsatzung.

Wir haben gesehen, daß die Vereinbarung die Verschmelzung mehrerer gleichgerichteter Willen ist. Eine solche Willensverschmelzung, d. h. Willenseinigung ist nun nur möglich, wenn sich die an ihr Beteiligten ihren Willen gegenseitig erklären. Die Vereinbarung ist daher wie der Vertrag ein Tatbestand mehrerer Willenserklärungen. Nicht jede Vereinbarung

---

[106]) Mit besonderer Schärfe betont von Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweiz. Recht, S. 214 ff, insbes. 216 Anm. 65.
[107]) h. A. vgl. Kaskel a. a. O., S. 22.
[108]) So vor allem Jacobi a. a. O., S. 273.

ist aber mit einer derartigen Willenseinigung perfekt. Soll nämlich die vereinbarte Rechtswirkung dritte, an dem Abschluß der Vereinbarung unbeteiligte Personen treffen, so bedarf es noch, um diesen Erfolg herbeizuführen, der Erklärung der Vereinbarung nach außen hin, d. h. an die Betroffenen [109]). Die Vereinbarung muß dann also verkündet werden. In diesem Falle decken sich die besonderen Geltungsvoraussetzungen der Vereinbarung mit den allgemeinen Voraussetzungen für das Inkrafttreten eines Rechtssatzes. Denn auch der Rechtssatz erlangt ohne vorherige Verkündung gegenüber den ihm Unterworfenen keine Geltung [110]).

Was nun die Wirkungen der Tarifsatzung anbelangt, so kann nicht bezweifelt werden, daß diese über den Kreis der an ihrer Begründung teilhabenden Verbände hinaus unmittelbar die einzelnen Verbandsangehörigen trifft. Andererseits aber steht fest, daß die Tarifsatzung trotz ihres erweiterten Geltungsbereichs nicht verkündet wird [111]). Damit wäre der Versuch, die Tarifsatzung mittels der rechtsetzenden Vereinbarung zu erklären, hinfällig, es sei denn, daß die besonderen Umstände des Falles gestatten, von dem Erfordernis der Publikation Abstand zu nehmen. Diese Möglichkeit besteht, sie ist aber, soweit wir sehen, bislang nirgends aufgezeigt worden

Kaskel meint, die Tarifsatzung bedürfe zum Inkrafttreten so wenig der Verkündung wie das Gewohnheitsrecht [112]). Er übersieht dabei, daß auch das Gewohnheitsrecht nach außen hin erklärt, d. h. verkündet wird. Und zwar erfolgt seine Verkündung „durch unmittelbare Anwendung des im Gemeinbewußtsein als Norm empfundenen Satzes auf die unter ihn fallenden Lebensverhältnisse“ [113]). Daß auch von einer solchen Publikation der Tarifsatzung nicht die Rede sein kann, liegt auf der Hand. Der Kaskel'sche Lösungsversuch muß daher als gescheitert angesehen werden.

Etwas anderes wäre es schon, wollte man die Tarifsatzung zu den Ortsstatuten des preußischen Rechts in Parallele setzen, die gleich ihr typischen Normengehalt besitzen, ohne daß für sie ein positivrechtlicher Verkündungszwang bestünde [114]). Allein auch hier wird man mit dem Reichsgericht trotz des Fehlens einer diesbezüglichen Gesetzesanordnung die Publikation der Statuten als Voraussetzung ihrer Gültigkeit betrachten müssen [115]). Die

[109]) Triepel a. a. O., S. 59/60. Die Verkündung erfolgt in Form des „Gesamtakts“.

[110]) Laband a. a. O., Bd. II, S. 63; Gierke a. a. O., Bd. I, S. 113 ff, insbes. 117.

[111]) Anders mögen die Dinge bei der Registrierung und Publizierung allgemeinverbindlicherklärter Tarife liegen. Diese Frage ist indessen für unsere Untersuchung bedeutungslos.

[112]) Kaskel a. a. O., S. 20 Anm. 3, ihm folgend Hueck-Nipperdey a. a. O., Bd. II, S. 120 Anm. 24.

[113]) Gierke a. a. O., Bd. I, S. 170.

[114]) Vgl. z. B. die §§ 35 ff der Städteordnung für die östl. Provinzen vom 30. Mai 1853.

[115]) S. RGE 108, 170 ff.

gegenteilige, insbesondere vom preußischen Oberverwaltungsgericht gebilligte Rechtsansicht entbehrt einer haltbaren theoretisch-konstruktiven Begründung [116]). Denn daß „man", zufolge einer Fiktion durch die Gemeindeabgeordneten vertreten, bei der Beschlußfassung über die Ortssatzung zugegen gewesen sei [117]), ist schon deswegen nicht anzuerkennen, weil mit Hilfe dieses Arguments die Verkündung eines jeden Rechtssatzes jedenfalls im Bereich der Demokratie für überflüssig erklärt werden könnte.

Nicht anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn man die Tarifsatzung als autonome Satzung zu konstruieren versucht, sei es, daß man sie mit Kaskel in zwei interne Verbandssatzungen auflöst (s. oben sub lit. aa), sei es, daß man mit Boos [118]) und Gierke [119]) die Vereinbarung als einen vergemeinschaftenden Akt und dementsprechend die Tarifsatzung selbst als ein Produkt der so entstandenen Tarifgemeinschaft auffaßt. Denn auch die Verbandssatzung bedarf, um in Kraft treten zu können, der vorherigen Bekanntmachung an die Verbandsangehörigen [120]). Hierbei genügt es freilich, wenn der Vorstand in der Mitgliederversammlung die Feststellung trifft, daß dieser oder jener Beschluß gefaßt worden sei [121]). Selbst diese einfache Form der Verkündung wird man aber bei der Tarifsatzung vergeblich suchen. Die Verbände erklären wohl einander ihren Tarifwillen, nicht aber auch, worauf es hier allein ankommt, ihren Mitgliedern. Die Verkündung würde sich dann freilich erübrigen, wenn die einmal als erfolgt unterstellte Vergemeinschaftung auch die einzelnen Organisationsangehörigen ergreifen würde. Hierfür besteht indessen nicht der geringste Anhalt, zumal wir die Vertretungstheorie für den Tarifvertrag in jeder ihrer Spielarten abgelehnt haben. Als Mitglieder einer solchen durch Tarifabschluß entstehenden Gemeinschaft kämen daher einzig und allein die „kontrahierenden" Verbände in Betracht. Trifft das aber zu, so wäre die Verkündung der Tarifsatzung auch in diesem Falle nötig.

Die erwähnten Konstruktionen führen danach insgesamt nicht zu dem gewünschten Ergebnis: Die Verkündung der Tarifsatzung, obschon theoretisch erforderlich, findet in praxi nicht statt. Es ist daher nur folgerichtig, wenn Jacobi (auch) aus diesem Grunde die Rechtssatzeigenschaft der Tarifnorm bestreitet [122]). Allein diese Konsequenz ist im Hinblick auf die besonderen rechtlichen Beziehungen zwischen Mitglied und Verband, wie uns scheint, vermeidbar.

---

[116]) Die Ansicht des OVG wird mit historischen Gründen ausführlich verteidigt von Hubrich, Annalen 1916, 641 ff.

[117]) So W. Jellinek a. a. O., S. 132, der indessen diese Erwägung selbst nicht mehr für überzeugend hält.

[118]) a. a. O., S. 209/215.

[119]) Gierke, Archiv f. Sozialwissenschaft, Bd. 42, 832.

[120]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 152/153.

[121]) Gierke a. a. O., S. 155/156 und Anm. 57 ebenda.

[122]) Jacobi a. a. O., S. 259.

Ist nämlich die Schaffung von Arbeitsbedingungen Aufgabe der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, so ist das Mitgliedschaftsverhältnis des einzelnen nach Treu und Glaube dahin auszulegen, daß ihm, der er vorzugsweise um der Vorteile der Tarifunterworfenheit teilhaftig zu werden, dem Verband beigetreten ist, ein klagbarer Anspruch aus Auskunftserteilung über den jeweiligen Tarifstand zusteht. Damit ist aber, ganz abgesehen von der rein tatsächlichen Lage, dem einzelnen Verbandsangehörigen die rechtliche Möglichkeit der Kenntniserlangung hinsichtlich des für ihn geltenden Tarifs jederzeit gegeben. Mehr bezweckt auch die Verkündung eines Rechtssatzes nicht. Freilich besteht zwischen der Publikation und dem bloßen Anspruch auf Auskunftserteilung insofern ein Unterschied, als dieser die Möglichkeit der Kenntniserlangung nur subjektiv, jene sie dagegen objektiv gewährleistet. Auf diese Abweichung wird man aber, da es sich bei der Tarifsatzung um eine Norm niederer Ordnung handelt, kein entscheidendes Gewicht legen dürfen [123]). Kann danach die an sich erforderliche Verkündung der Tarifnormen als hinreichend ersetzt angesehen werden, so steht ihrer Charakteristik als Rechtssätze nunmehr nichts entgegen [124]).

2. Die Arbeitsordnung als Rechtsquelle.

Deutlicher als bei der Tarifsatzung sind die einzelnen legislatorischen Akte bei der Arbeitsordnung zu erkennen. Hier stellt der Arbeitgeber zunächst einen Entwurf auf und reicht ihn dem Gruppenrat ein, §§ 134 a, 147 Nr. 5 GewO, § 104 Nr. IV BRG. Dieser Entwurf ist der Gesetzesvorschlag. Die Feststellung des Gesetzesinhalts erfolgt sodann gemeinschaftlich durch den Arbeitgeber und die durch ihren Gruppenrat vertretene Arbeiter- oder Angestelltenschaft des Betriebes, seine Sanktion durch Unterzeichnung des endgültigen Entwurfs durch den Arbeitgeber und den Betriebsratsvorsitzenden. Schließlich wird die Arbeitsordnung auch durch Aushang im Betriebe verkündet und tritt frühestens nach Ablauf von zwei Wochen nach Verkündung in Kraft [125]), vgl. §§ 134 a Abs. 1 und 4, 134 a, GewO, § 104 Nr. IV BRG.

Danach vollzieht sich die Entstehung der Arbeitsordnung in einem der ordentlichen Gesetzgebung ungemein ähnlichen Verfahren. Der Schluß auf die Normqualität der Arbeitsordnung ist daher um so mehr gerechtfertigt,

---

[123]) Anders z. B. das österreichische Recht, das die Verkündung des Tarifvertrages zwingend vorschreibt, vgl. § 13 des Gesetzes vom 18. XII. 1918.

[124]) Jacobi a. a. O., S. 415, glaubt freilich die Rechtssatznatur der Tarifnorm auch deswegen bestreiten zu müssen, weil die Normenwirkung nicht unmittelbar, sondern erst infolge des durch den Tarifvertrag geschaffenen Tarifverhältnisses eintrete; so auch Berg a. a. O., S. 5 ff, insbes. S. 7, der jedoch mit Recht bemerkt, daß bei einer begrifflichen und genetischen Trennung von normativem und obligatorischen Teil innerhalb des Tarifvertrages dieser Einwand nicht durchgreift.

[125]) So die meisten, vgl. Kaskel a. a. O., S. 58/59, Sinzheimer a. a. O., S. 235/238.

als die Arbeitsordnung im Gegensatz zur Tarifsatzung ordnungsmäßig verkündet wird. Im übrigen decken sich aber Arbeitsordnung und Tarifsatzung in allen wesentlichen Punkten. Auch die Arbeitsordnung wird von zwei privaten Rechtssubjekten erlassen [126]) und ergeht in deren Namen, ist also staatlich ermächtigtes, vereinbartes Recht. Freilich findet sich bei ihr die „Autonomie" nicht in der gleichen reinen Form wie bei der Tarifsatzung. Denn während die letztere ohne jede staatliche Mitwirkung und Kontrolle zustandekommt, unterliegt die Arbeitsordnung der staatlichen Überprüfung in Bezug auf ihren gesetzmäßigen Erlaß und Inhalt, vgl. §§ 134 a, 134 f GewO. Immerhin erschöpft sich dieses staatliche Recht in einer bloßen Beanstandungsbefugnis; ein Recht zu positiver Mitwirkung am Gesetzgebungsprozeß, insbesondere eine Teilnahme an der Sanktionsgewalt, räumen die erwähnten Vorschriften dem Staat nicht ein [127]). Trotz des behördlichen „Bestätigungsrechts" ist die Arbeitsordnung daher als eine lediglich staatlich ermächtigte Satzung zu betrachten.

IV. Die Auswirkung der Rechtssatzeigenschaft von Tarifsatzung und Arbeitsordnung auf die Schlichtung.

Wenden wir uns nunmehr wieder der Betrachtung der Schlichtung zu, so ist jetzt unsere Aufgabe, den Einfluß der Normqualität von Arbeitsordnung und Tarifsatzung auf den funktionellen Gehalt der Schlichtung zu bestimmen. Wir hatten bereits bei der Besprechung der einzelnen Schlichtungsakte (oben sub II) gesehen, daß diese das prozessuale Korrelat der materiellen Gesamtvereinbarungen sind. Daraus folgt, daß sie den gleichen funktionellen Gehalt besitzen wie die von ihnen ersetzten materiellen Gesamtvereinbarungen. Sind also Arbeitsordnung und Tarifsatzung Norm, so sind es auch die sie ersetzenden staatlichen Schlichtungsakte. Was das im einzelnen bedeutet, sei im folgenden dargetan.

1. Das Wesen der Schlichtungsakte im Streit um die Tarifsatzung.

Dient die Schlichtung im Kampf um die Tarifsatzung der Rechtsetzung, so stellt sich zunächst der Schiedsspruch als ein der jederzeitigen Abänderung unterliegender Gesetzesvorschlag dar. Der anschließende Akt seiner beiderseitigen Annahme oder Verbindlicherklärung ist sodann als die uno actu mit der Feststellung des Gesetzesinhaltes vorgenommene Sanktions-

[126]) Vgl. Jacobi a. a. O., S. 399 ff, 413; Hueck, Archiv f. öffentl. Recht Bd. 14, 468. Die Arbeitnehmerschaft ist, woran das Arbeitsgerichtsgesetz keinen Zweifel läßt, eine juristische Teilperson, und zwar mangels einer ordnungsmäßigen Staatsaufsicht über sie des Privat- und nicht des öffentlichen Rechts; a. A. z. B. Dersch bei Kaskel, Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 278.

[127]) Unklar in dieser Hinsicht Kaskel a. a. O., S. 58/59.

erteilung zu qualifizieren. Im übrigen versagt aber die Parallele zwischen Schlichtung und Gesetzgebung, denn das Schlichtungsverfahren kennt gleich dem materiellen Tarifrecht eine ordnungsmäßige Verkündung der in ihm geschaffenen Normen nicht. Zwar heißt es in § 25 Abs. 3 der 2. AV zur SchlO, daß den Parteien die Entscheidung über die Verbindlichkeitserklärung zu übersenden ist, und insoweit scheint dem Publikationserfordernis hinreichend Rechnung getragen zu sein. Allein diese Art der Publikation genügt deshalb nicht, weil die Erklärung des Geltensollens nicht gegenüber den eigentlichen Normadressaten, den Normunterworfenen, erfolgt. Jede Verkündung fehlt endlich, wenn die Parteien durch freiwillige Annahme einen Schiedsspruch zur Norm erheben. Die Rechtswirkungen treten dann mit der Annahme ein, § 5 Abs. 5 SchlO, und diese erklären die Parteien nicht einmal einander sondern der Schlichtungsstelle!

Immerhin ist der Mangel einer ordnungsmäßigen Verkündung weder im einen noch im anderen Falle geeignet, der Rechtssatznatur des angenommenen oder für verbindlich erklärten Schiedsspruchs Abbruch zu tun. Denn auch hier tritt die Mitteilungspflicht der Verbände gegenüber ihren Mitgliedern an die Stelle der objektiv wirkenden, unmittelbaren Gesetzesverkündung (s. oben sub III 1 lit. b, cc). Damit wird allerdings das im Schlichtungswege gesetzte Recht zu einem Recht minderen Ranges gestempelt, mag es auch in seinen Wirkungen wegen der Unabdingbarkeit allen anderen Normen überlegen sein.

Abschließend ist dann noch der Platz des im Schlichtungsverfahren erzeugten Rechts innerhalb der uns bekannten Rechtsquellen zu bestimmen. Hier taucht zunächst die Frage auf, ob dieses Recht staatlich ermächtigt oder unmittelbar staatlichen Ursprungs ist. Die Antwort auf sie fällt verschieden aus, je nachdem ob es sich um den angenommenen oder verbindlicherklärten Schiedsspruch handelt.

Der verbindlicherklärte Schiedsspruch gehört zweifellos dem unmittelbar staatlichen Recht an. Denn sowohl der Schiedsspruch wie die Verbindlichkeitserklärung sind Akte, die allein im Namen des Staates ergehen. Richtig ist freilich, daß das durch sie geschaffene Recht staatlich ermächtigtes, genauer vereinbartes Recht ersetzt. Diese Ersetzung besagt aber nicht mehr, als daß das ersetzende Recht die gleichen Wirkungen hat wie das ersetzte. Der Entstehungstatbestand beider Normarten wird von ihrer Wirkungsgleichheit nicht berührt [128]). Die gegenteilige Annahme eines „staatlich"-„autonomen" Rechts muß als in sich selbst widerspruchsvoll zurückgewiesen werden [129]).

Innerhalb der uns geläufigen Rechtssatztypen Gesetz und Verordnung findet der für verbindlich erklärte Schiedsspruch keinen Platz. Daß der

---

[128]) Neumann NZfA 1926 Sp. 357 ff.
[129]) A. A. Sinzheimer a. a. O., S. 49.

Zwangstarif kein formelles Gesetz ist, bedarf keiner Erörterung. Richtiger Ansicht nach kann er auch nicht als Verordnung bezeichnet werden. Denn die Rechtsverordnungen unterliegen ausnahmslos einem Verkündungszwang[130]). Außerdem aber würde die enge Verknüpfung normativer und obligatorischer Elemente im Zwangstarif eine völlige Anomalie im Verordnungsrecht bedeuten[131]). Nach alledem kann der Schiedsspruch, soweit er normativ wirkt, nur als eine Rechtsquelle eigener Art gekennzeichnet werden.

Der von den Parteien angenommene Schiedsspruch erfährt insofern eine abweichende rechtliche Beurteilung, als er durch gemeinsame Betätigung von Staat und Verbänden zustandekommt. Denn gesetzestechnisch gesehen, geht in diesem Fall die Initiative vom Staat, die Sanktion dagegen von tariffähigen Organisationen aus. Der angenommene Schiedsspruch gehört daher zu jenem Typus von Rechtsquellen, der auf der Grenze zwischen den unmittelbar staatlichen und den staatlich ermächtigten Normen liegt. Wollte man die Zuständigkeit zur Sanktionserteilung für das Entscheidende darüber halten, ob eine Norm überwiegend staatlichen oder autonomen Charakters ist, so stünde der angenommene Schiedsspruch mehr dem autonomen Recht nahe als beispielsweise die genehmigungsbedürftige „autonome" Satzung, die von der herrschenden Lehre bekanntlich als eine Norm rein staatlichen Ursprungs betrachtet wird (s. oben § 4). Jedenfalls ist aber festzustellen, daß auch der angenommene Schiedsspruch sowohl nach Entstehungsart wie Erscheinungsform gegenüber den bislang bekannten eine neuartige Rechtsquelle darstellt. Nicht mit Unrecht spricht daher Benzinger bei der Schlichtung — soweit wir sie im Vorstehenden zum Gegenstand unserer Untersuchung gemacht haben — von einer verlängerten Gesetzgebung, einer Gesetzgebung dritten und vierten Grades[132]).

Zu der Gesetzgebung in diesem Sinne zählt auch die bindende Schlichterentscheidung zwecks Tarifergänzung gemäß § 6a AZVO. Sie stellt gegenüber der Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs insofern etwas Besonderes dar, als mit ihr die Normensetzung uno actu vollzogen wird, die begriffliche Trennung von Gesetzesvorschlag, Inhaltsfeststellung und Sanktionserteilung also überhaupt nicht in Erscheinung tritt. Im übrigen gilt aber für die Schlichterentscheidung aus § 6a AZVO dasselbe wie für den verbindlich erklärten Schiedsspruch. Sie setzt staatliche Normen in Verbindung mit schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Streitteilen. Eine Verkündung dieser Normen gegenüber den ihr unterworfenen Parteien des Einzel-

---

[130]) Für das Reich vgl. Ges. vom 13. X. 1923, für Preußen das Ges. vom 9. VIII. 1924

[131]) Das sieht auch Neumann a. a. O. 359, dessen Stellungnahme zu dieser Frage offensichtlich durch die Annahme eines numerus clausus von Rechtsquellen beeinflußt ist.

[132]) Benzinger a. a. O., S. 44.

arbeitsverhältnisses findet nicht statt. An ihre Stelle tritt, ganz wie bei der Verbindlichkeitserklärung, die Publikationspflicht der Verbände (s. oben III 1 b cc).

2. Das Wesen der „bindenden Entscheidung" im Kampf um die Arbeitsordnung (§§ 80, 75 BRG).

Anders ist dagegen die bindende Entscheidung des Schlichtungsausschusses nach Maßgabe der §§ 80, 75 BRG zu bewerten. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ersetzt der Spruch des Schlichtungsausschusses nicht die Arbeitsordnung schlechthin, sondern nur die zu ihrem Erlaß erforderliche Willenseinigung der Parteien. Diese stellte aber innerhalb des zur Aufstellung der Arbeitsordnung führenden Gesetzgebungsverfahrens lediglich die sog. Feststellung des Gesetzesinhalts dar[313]). Die weiteren Akte der Sanktionserteilung und Verkündung durch Unterzeichnung und Aushang der Arbeitsordnung im Betriebe, vgl. § 134 a GewO, werden mithin von dem Schlichtungsverfahren überhaupt nicht berührt. Ihre Vornahme ist daher unter allen Umständen Sache der Parteien. Und zwar ist der Arbeitgeber bei Vermeidung von Strafe zu der Mitwirkung zum alsbaldigen Erlaß der Arbeitsordnung verpflichtet, § 147 Nr. 5 GewO, während der die Unterschrift weigernde Betriebsratvorsitzende wegen gröblicher Pflichtverletzung durch Beschluß des Arbeitsgerichts seines Amtes enthoben werden kann, vgl. §§ 39 ff. BRG, § 2 Nr. 5 Abs. 1 AGG.

Die „Zwangsarbeitsordnung" ist danach kein unmittelbar staatliches Recht. Sie ist vielmehr ähnlich wie der angenommene Schiedsspruch das Produkt einer zwischen Staat, Arbeitgeber und der durch ihren Gruppenrat vertretenen Arbeiter- oder Angestelltenschaft aufgeteilten Rechtsetzungsgewalt, an der nach Lage der Dinge der Staat den Hauptanteil hat. Aus dieser Aufteilung der Gesetzgebungsgewalt folgt einmal, daß die Zwangsarbeitsordnung keine Rechtsverordnung im technischen Sinne ist. Andererseits kann sie auch nicht als autonome Vereinbarung bezeichnet werden, denn die für den Tatbestand der Vereinbarung charakteristische Willenseinigung der Parteien[134]) wird bei der Zwangsarbeitsordnung gerade durch den Spruch der Schlichtungsstelle ersetzt. Die so geschaffene Arbeitsordnung ist vielmehr richtigerweise als eine der staatlichen Rechtsverordnung verwandte, auf der Grenze zwischen staatlichem und autonomem Recht liegende Rechtsquelle eigener Art aufzufassen.

V. Zusammenfassung des Ergebnisses.

Abschließend lassen sich folgende Sätze aufstellen:

---

[133]) So auch Sinzheimer a. a. O., S. 235.
[134]) Vgl. Triepel a. a. O., S. 13 ff.

1. Der Schiedsspruch in Tarifstreitigkeiten ist, soweit er sich über die künftigen Arbeitsbedingungen verhält, ein Gesetzesvorschlag, der verbunden ist mit einem schuldrechtlichen Vertragsvorschlag.
2. Die Verbindlichkeitserklärung des Schiedsspruchs ist hinsichtlich seines normativen Teiles Feststellung des Gesetzesinhalts und Erteilung des Gesetzesbefehls.
3. Schiedsspruch und Verbindlichkeitserklärung erzeugen eine neue Art unmittelbar staatlicher Normen.
4. Die bindende Entscheidung in Tarifstreitigkeiten gemäß § 6a AZVO entspricht in ihren Wirkungen dem verbindlicherklärten Schiedsspruch.
5. Die Annahme eines Schiedsspruchs durch die Parteien stellt hinsichtlich seines normativen Teils den Erlaß von Rechtssätzen dar, die ihrer Art nach auf der Grenze zwischen staatlich ermächtigtem und unmittelbar staatlichen Recht liegen.
6. Die bindende Entscheidung des Schlichtungsausschusses im Streit um die Arbeitsordnung gemäß den §§ 80, 75 BRG ist die Feststellung des Inhalts eines Gesetzes, das, im übrigen der Rechtsverordnung vergleichbar, auf der Grenze von unmittelbar staatlichen zum staatlich ermächtigten Recht liegt.
7. In den Fällen zu 3.—5. wird die Verkündung der Rechtssätze durch die Pflicht der Verbände, ihren Mitgliedern über den jeweiligen Tarifstand Auskunft zu geben, ersetzt.

§ 8. Schlichtung als Rechtsprechung.

Die Erkenntnis eines Teils der Schlichtung als Gesetzgebung erheischt zunächst Klarheit darüber, inwieweit dieser noch als Gegenstand der folgenden Untersuchung in Betracht kommt. War unter Rechtsprechung die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zu verstehen (s. oben § 5), so bestehen a priori keine Bedenken dagegen, daß einunddieselbe Tätigkeit sich gleichzeitig als Gesetzgebung und Rechtsprechung darstellt. Denn die Vorstellung, daß ein einen Streit über subjektive Rechte erledigendes Urteil Normen setze, ist wenn auch ungewöhnlich, so doch durchaus vollziehbar [135]). Infolgedessen ist auch der als Gesetzgebung erkannte Teil der Schlichtung einer nochmaligen Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsprechung zu unterziehen. Andererseits erstreckt sich die folgende Untersuchung auch auf die Schaffung gewöhnlicher, nicht normativ wirkender Betriebsverein-

[135]) Ein Anspruch auf Normensetzung wäre in zweifacher Richtung denkbar: Einmal als Anspruch von Verband zu Verband auf Mitwirkung beim Erlaß arbeitsrechtlicher Normen. Dann wäre die schlichterliche Zwangsentscheidung ein Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO. Oder aber es könnte ein subjektives öffentliches Recht der Verbände gegen den Staat bestehen, dem dieser im Schlichtungsverfahren entspricht. Von Rechtsprechung könnte naturgemäß nur im ersten Falle die Rede sein.

barungen. Die diesbezüglichen Akte der Schlichtungsstellen sind zwar keiner Zwangswirkung oder Vollstreckbarkeit fähig. Allein wie bei allen konstitutiven Entscheidungen ist eine Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne auch hier nicht möglich, da die Rechtsgestaltung, hier Rechtsschöpfung, bereits die erforderliche Vollstreckung in sich schließt. Wenn die bindenden Entscheidungen der in Rede stehenden Art aber in dem Sinne unverbindlich sind, daß sie keine Normenwirkung äußern und nur kraft rechtsgeschäftlicher Unterwerfung im Einzelfall Geltung erlangen, so steht auch diese ihre Wirkungslosigkeit nicht ihrer etwaigen Zurechnung zu den Rechtsprechungsakten entgegen. Denn eine ähnliche Rechtslage kehrt beispielsweise bei sämtlichen Feststellungsurteilen wieder, ohne daß man deswegen an ihrer Zugehörigkeit zur Rechtsprechung auch nur das geringste Bedenken trüge. Danach ist die gesamte staatliche Schlichtung in dem vorliegenden Paragraphen zu untersuchen.

I. Schlichtungsverfahren und Prozeß.

Nur mehr einleitungsweise sei das Verhältnis von Schlichtungsverfahren und gerichtlichem Prozeß zueinander berührt. Hier fällt zunächst auf, wie wenig das meist als Verwaltungstätigkeit angesprochene Schlichtungsverfahren dem gewöhnlichen Instruktionsverfahren der Verwaltung entspricht. Dafür bestehen nicht unerhebliche Parallelen zum Prozeß. So finden wir bei der Schlichtung die jedem Rechtsstreit eigentümliche Dreizahl der Beteiligten, die grundsätzliche Abhängigkeit der Einleitung des Verfahrens von der Initiative der Parteien, den Grundsatz des gleichen rechtlichen Gehörs, die Möglichkeit einer Beweisaufnahme durch Vernehmung von „Auskunftspersonen" und schließlich den Abschluß des Verfahrens durch autoritative Entscheidung [136]). Ist danach das Schlichtungsverfahren dem kunstvollen Bau des Zivil- oder Strafprozesses auch nicht als gleichwertig an die Seite zu stellen, so zeigt es doch im wesentlichen prozessuale Eigenheiten. Die Justizförmigkeit des Verfahrens berechtigt jedoch nicht zu der Annahme, daß die Schlichtung auch materiell Rechtsprechung ist. So ist die Schlichtung vor allem keine Schiedsgerichtsbarkeit im Sinne des 10. Buches der ZPO. Wenn die SchlO wie die ZPO den das Verfahren beendenden Akt als „Schiedsspruch" bezeichnen [137]), so handelt es sich um nicht mehr als eine zufällige Namensgleichheit. Der Schiedsspruch einer Schlichtungsstelle ist seinem Wesen nach etwas ganz anderes als der eines Schiedsgerichts, ganz abgesehen davon, daß die Schiedsgerichte als private, die Schlichtungsstellen dagegen als unmittelbar staatliche Institutionen gedacht sind, vgl. §§ 1, 8, 9 SchlO, §§ 1025 ff. ZPO.

---

[136]) Vgl. § 5 SchlO, §§ 9 ff. Zweite AV zur SchlO sowie die Ausführungen von Dersch a. a. O., S. 247.

[137]) § 5 SchlO, § 1034, § 1040 ZPO.

II. Die Drittintervention Husserls.

Im Zusammenhang mit der Justizförmigkeit der Schlichtung steht der Versuch Husserls, die Schlichtung als Rechtsprechung zu begreifen. Husserl geht davon aus, daß in allen Fällen, wo der Staat an einem Parteienstreit als entscheidender Dritter teilnimmt, die Rechtsgeltung seiner Entscheidung auf einem Unterwerfungsvertrag der Parteien beruht. Und zwar soll der Antrag auf Einleitung des Verfahrens die Offerte, die Einlassung oder der von der Gesamtrechtsgemeinschaft statuierte Einlassungszwang die Annahme des Unterwerfungsvertrages durch den Gegner darstellen [138]). Demgemäß beruht nach Husserl die Wirksamkeit aller richterlichen und schlichterlichen Akte auf der Eingehung eines solchen Prozeßrechtsverhältnisses, der Drittintervention.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Konstruktion nicht als naturrechtlich abgelehnt werden muß [139]). Denn nicht die Aufstellung des Begriffs der Drittintervention, sondern die eigentümliche Fassung des Begriffs der Rechtsstreitigkeiten veranlassen Husserl, die Schlichtung als einen Sonderfall der Rechtsprechung zu bezeichnen. Husserl gibt zu, daß die Behauptungen der Parteien im Schlichtungsverfahren keine Rechtsbehauptungen in dem üblichen prozessualen Sinne sind. „Die ihre Streitprätention im Schlichtungsverfahren ... aufstellende Partei macht keinen zivilrechtlichen Anspruch geltend, stellt überhaupt nicht die Behauptung auf, ihr stehe auf Grund geltenden Rechts (der Gesamtrechtsgemeinschaft) ein subjektives Recht gegen den andern Streitteil zu. Die Parteiprätention enthält vielmehr eine „Forderung" im Sinne der Beanspruchung einer erst zu schaffenden, weil tatbestandlich vorprozessual nicht fundierten, konkreten Rechtsnorm" [140]).

Aus dieser Formulierung ergibt sich mit aller Klarheit, daß die Schlichtung nicht der Durchsetzung materieller subjektiver Rechte dient und damit auch nicht als Rechtsprechung im technischen Sinne angesprochen werden kann. Husserl bezeichnet denn auch die im Schlichtungswege erhobene „Forderung" als eine Rechtsprätention eigener Art und weist im übrigen mit Fug darauf hin, daß mangels eines zur Entscheidung stehenden subjektiven Rechts der Schlichterspruch auch nicht als zivilrechtliches Gestaltungsurteil angesehen werden darf [141]).

Die Husserl'sche These steht und fällt danach mit der Anerkennung ihrer Prämisse, d. h. einem erweiterten Rechtsprechungsbegriffe, wie ihn

---

[138]) Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung I, S. 80 ff., 102/104. 107 ff., 119 ff.
[139]) Hatschek, Einleitg. i. d. öfftl. Recht, S. 109 Anm. 1.
[140]) Husserl a. a. O., S. 125.
[141]) Husserl a. a. O., S. 128/129.

ähnlich schon Kormann aufgestellt hat[142]). Einer kritischen Auseinandersetzung mit dieser Ansicht bedarf es im Rahmen der vorliegenden, im wesentlichen an die Funktionenscheidung G. Jellineks anknüpfenden Untersuchung nicht[143]).

III. Der Anspruch der Parteien im Schlichtungsverfahren.

Die herrschende Lehre und, wie wir gesehen haben, auch Husserl bestreitet, daß das Schlichtungsverfahren ein Kampf um subjektive Rechte sei. Die Berechtigung dieses Leugnens, demzufolge die Schlichtung, soweit sie nicht Gesetzgebung ist auf Grund der negativen Definition der Verwaltung Verwaltung sein muß, sei an Hand des Anspruchsbegriffs einmal kurz überprüft. Nach § 194 BGB ist der Anspruch das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen verlangen zu dürfen. Es versteht sich von selbst, daß im vorliegenden Falle nur von einem Anspruch auf ein Tun, eine positive Handlung, die Rede sein könnte. Und zwar käme als Inhalt dieses Tuns nach Lage der Dinge lediglich die Mitwirkung zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen in Betracht. Prüft man nun die möglichen Anspruchsgrundlagen durch, so ergibt sich, daß der Leistungsanspruch unmittelbar im Gesetz wurzeln müßte. Sedes materiae hierfür könnten die SchlO und das BRG sein, soweit sie die Möglichkeit der zwangsweisen Errichtung von Gesamtvereinbarungen vorsehen. In diesen Fällen könnte nämlich das formelle Anrufungsrecht der Parteien in Verbindung mit der Möglichkeit einer späteren Zwangsentscheidung auf die Existenz eines materiellen Rechts der Parteien gegeneinander deuten, ähnlich wie aus der Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 256 ZPO ein subjektives Feststellungsrecht und aus der Möglichkeit einer Verwaltungsklage ganz allgemein ein entsprechender Anspruch auf Freiheit gegenüber der Verwaltung gefolgert wird[144]). Die herrschende Lehre zieht eine derartige Möglichkeit nicht in Betracht. Für sie ist die Schlichtung Aufstellung neuer und nicht Anwendung bestehender Rechtssätze und schon aus diesem Grunde keine Rechtsprechung[145]). Dieser Satz ist indessen unrichtig, soweit er die Anwendung von Rechtsnormen im Schlichtungsverfahren leugnet. Einmal muß die Schlichtungsstelle gleich jeder anderen Behörde ihre (örtliche und sachliche) Zuständigkeit prüfen, bevor sie sich mit einem ihr unterbreiteten Tatbestand materiell befaßt. Fällt diese Prüfung positiv aus, so hat eine Sachentscheidung zu ergehen, die ebenfalls nicht ein Akt der Willkür ist, sondern durch Anwendung

---

[142]) Der unter Rechtsprechung jede streitentscheidende Tätigkeit unabhängiger staatlicher Behörden verstanden wissen wollte; vgl. Jahrb. d. öfftl. Recht VII, 1 ff.

[143]) S. oben Vorbem. zu § 4 und §§ 4/6.

[144]) Vgl. Hellwig, Lehrb. d. Zivilproz. I, S. 380; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 208/209.

[145]) So Kaskel a. a. O., S. 352; Dersch a. a. O., S. 217.

eigens für sie bestimmter Normen gewonnen wird. So darf nach § 6 Abs. 1 SchlO der Schlichter nur solche Schiedssprüche für verbindlich erklären, deren Regelung nach seinem pflichtmäßigen Ermessen bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht und aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen durchgeführt werden muß. Für die der Verbindlichkeitserklärung vorangehende schlichterliche Tätigkeit fehlt es an einer entsprechenden Norm. Es wäre jedoch sinnlos, wollte man insoweit den Schlichtungsstellen völlig freie Hand lassen. Zielt nämlich die Schlichtung auf die Verhütung oder Beilegung von Arbeitskämpfen ab, so muß dieser Zweck in jenem Stadium des Verfahrens für die schlichterliche Tätigkeit richtunggebend sein. Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 SchlO, derzufolge nur Schiedssprüche, die bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entsprechen, für verbindlich erklärt werden sollen, ist daher zugleich als eine allgemeine Anweisung an die Schlichtungsbehörden aller Art zu verstehen, nur „annehmbare", d. h. in dem beschriebenen Sinne (sozial) gerechte Einigungsvorschläge zu machen. Ist das aber der Fall, so stellt sich die gesamte Schlichtungstätigkeit als Vollzug einer Norm dar, die die Herbeiführung von Gesamtvereinbarungen bzw. Gesamtvereinbarungsverhältnissen bezweckt. Als solche hat sie notwendigerweise den Charakter einer Generalklausel, die Normen oder schuldrechtliche Beziehungen oder auch beides zusammengenommen inhaltlich determinieren will. Eine ähnliche Rechtslage findet sich beispielsweise im Polizeirecht, wo, wie in Preußen etwa der § 10 II 17 ALR, die ermächtigende Generalklausel gleichmäßig als Grundlage für die Aufstellung von Normen und die Gestaltung von Einzelrechtsverhältnissen in Betracht kommt, wie die Lehre von der Polizeiverordnung und der Polizeiverfügung zeigt [146]).

Wir waren bei der vorstehenden Erörterung davon ausgegangen, daß die Schlichtung, sofern sie überhaupt Rechtsprechung sein sollte, über unmittelbar im Gesetz wurzelnde Ansprüche der Parteien gegeneinander zu befinden hätte. Da diese Ansprüche inhaltlich auf den Abschluß von Gesamtvereinbarungen gerichtet sein würden, würde materiellrechtlicher Betrachtung nach in allen Fällen, in denen ein Schlichtungsverfahren zulässig ist, ein Kontrahierungszwang bestehen, der sich, genau genommen, je nach der Art der begehrten Vereinbarung als ein echter Kontrahierungs- oder Normierungszwang oder — so bei Tarifstreitigkeiten — als eine Kombination von Kontrahierungs- und Normierungszwang erweisen würde. Von diesen Rechtsfiguren ist dem geltenden Recht nur der Kontrahierungszwang bekannt, und zwar als „die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekte ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer

---

[146]) Vgl Hatschek, Verwaltungsrecht S. 137 ff, Drews, Preuß. Polizeirecht S. 6 ff. insbes. 21 und OVG 2. 432.

Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen“ [147]). Nach dieser Definition bezweckt der Kontrahierungszwang lediglich den Schutz des einen künftigen Vertragspartners. Damit es zu dem für diesen notwendigen Vertrage kommt, sieht das Gesetz einen Kontrahierungszwang vor [148]). Eine entsprechende gesetzliche Wahrnehmung der Interessen des anderen Teils fehlt. Es kann sie auch nicht geben, weil der Vertragszwang nur zum Schutz des einen, wirtschaftlich ungleich schwächeren Verhandlungsgegners geschaffen ist, wie insbesondere der Kontrahierungszwang für Eisenbahn und Post zeigt [149]).

Von einer gleichen oder auch nur ähnlichen Situation kann im Fall eines Gesamtstreites nicht die Rede sein. Die Kollektivpersönlichkeiten des Arbeitsrechts stehen einander, was Leistungsfähigkeit und Kampfkraft anbelangt, als ebenbürtige Gegner gegenüber. Dem trägt auch das Gesetz Rechnung, wenn es den Organisationen der Arbeitgeber wie denen der Arbeitnehmer gleichmäßig das Recht einräumt, bei Gesamtstreitigkeiten die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zu betreiben. Wollte man unter diesen Umständen noch von einem Kontrahierungszwang sprechen, so müßte man ihn schon als einen doppelseitigen bezeichnen. In dieser Bezeichnung liegt aber bereits angedeutet, daß dieser Kontrahierungszwang mit dem für gewöhnlich so bezeichneten Rechtsinstitut nichts als den Namen gemein hat. Denn der echte Vertragszwang ist stets einseitig und setzt auf Seiten des Begünstigten ein subjektives Recht voraus. Die durch die Schlichtungsordnung und das Betriebsrätegesetz ermöglichte Erzwingung von „Verträgen“ kann angesichts der gleichwertigen Stellung der Vertragsparteien nicht mittels subjektiver Rechte und Pflichten erklärt werden. Sind nämlich die Parteien in gleichem Maße schutzwürdig oder, wenn man so will, schutzunwürdig, so besteht kein vernünftiger Grund zu der Annahme, daß ihre gegenseitigen Interessen durch subjektive Berechtigungen in eine rechtlich besonders geschützte Sphäre erhoben werden müßten. Demgemäß wird denn auch von nahezu allen Autoren das Vorliegen eines Kontrahierungszwanges im technischen Sinne verneint [150]).

Eine abweichende Meinung wird offenbar nur von Dersch vertreten, der ausführt, durch Fällung eines unverbindlichen Schiedsspruchs werde ein durch die Möglichkeit späterer Verbindlichkeitserklärung aufschiebend bedingter Kontrahierungszwang geschaffen [151]). Nicht erwähnt von Dersch, aber in gleicher Richtung würde die Annahme eines Vertragszwanges auch in den Fällen des abgekürzten Schlichtungsverfahrens liegen (oben § 3 II,

---

[147]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 7.
[148]) Nipperdey a. a. O., S. 36 ff.
[149]) Nipperdey a. a. O., S. 36
[150]) Vgl. Nipperdey Beiträge z. Tarifrecht, S. 99 ff.
[151]) Dersch Komm. S. 271.

III), wo bei Nichteinigung der Parteien ohne das Bindeglied des Schiedsspruchs eine Zwangsentscheidung ergehen kann.

Es ist Dersch darin beizutreten, daß die Fällung eines Schiedsspruchs die gleiche „Rechtslage" erzeugt wie die Stellung einer Vertragsofferte nach den §§ 145 BGB. Wenn der Schiedsspruch aber außer durch Parteiwillenserklärung auch durch einen staatlichen Zwangsakt zu materiellem Recht erhoben werden kann, so ist diese besondere Gestaltungsmöglichkeit doch nicht als Grundlage eines, wenn auch nur bedingten Kontrahierungszwanges anzusehen. Die Rechtslage im Sinne einer bloßen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit, wie sie das bürgerliche Recht an die Vertragsofferte knüpft, ist mit einem wie auch immer gearteten Vertragszwang unvereinbar. Denn die bloße Möglichkeit, einen bestimmten Tatbestand zu einem Vertrage zu formen, ist begrifflich von einem aufschiebend bedingten Anspruch auf Eingehung eines solchen Vertrages scharf zu scheiden. Wäre die von Dersch vorgenommene Gleichsetzung von Rechtslage und bedingtem Kontrahierungszwang richtig, so müßte man konsequenterweise jedem Adressaten einer Vertragsofferte einen aus ihr erwachsenen bedingten Anspruch auf Abschluß des angebotenen Vertrages einräumen, was, ganz abgesehen von der Frage der Durchsetzbarkeit dieses Anspruches, zu offenbar unmöglichen Ergebnissen führen würde. Im übrigen erweist sich die Vorstellung eines aufschiebend bedingten Vertragszwanges im vorliegenden Falle, einmal zu Ende gedacht, auch als in sich widerspruchsvoll. Soll nämlich der Kontrahierungszwang durch die Verbindlicherklärung aufschiebend bedingt sein, so müßte er nach Verbindlicherklärung als unbedingter entstehen. Das ist aber unmöglich, denn da die Verbindlicherklärung den freiwilligen Abschluß der Gesamtvereinbarung ersetzt, wäre ein Anspruch der Parteien auf Eingehung dieser Vereinbarung zumindest gegenstandslos und überflüssig [152]).

Schließlich hat man auch den Rechtsprechungscharakter der Schlichtung deswegen leugnen zu müssen geglaubt, weil die etwaigen Ansprüche der Parteien im Schlichtungsverfahren inhaltlich nicht hinreichend bestimmbar seien, insbesondere Ortsüblichkeit und Verkehrssitte nicht oder doch nicht in dem erforderlichen Maße zu ihrer inhaltlichen Determinierung genügten [153]). Die Richtigkeit dieser Beweisführung scheint jedoch zweifelhaft. Bedenkt man nämlich, daß die Inhaltsbestimmung durch die Schlichtungsbehörden vorgenommen werden kann und muß, diese Funktion den Gerichten z. B. bei Festsetzung einer angemessenen Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 315 Abs. 3, 319 BGB, d. h. bei einwandfreien Ansprüchen obliegt [154]), so wird man entgegen der von Berg vertretenen Ansicht die etwa-

---

[152]) So mit Recht Nipperdey, Beiträge z. Tarifrecht, S. 100/101.

[153]) Berg a. a. O., S. 21 ff.

[154]) Vgl. auch die Definition des Kontrahierungszwanges bei Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 7, oben S. 47/48.

igen Ansprüche der schlichtungsfähigen Parteien wenigstens als von dritter, unparteiischer Seite inhaltlich bestimmbar betrachten müssen. Für die Beurteilung der rechtlichen Natur der Schlichtung ist diese Anschauung indessen unerheblich, da, wie wir oben darzulegen versucht haben, mangels eines materiellrechtlichen Kontrahierungszwanges die Schlichtung nicht als Rechtsprechung angesehen werden kann.

§ 9. Schlichtung als Verwaltung.

Wir haben gesehen, daß die Schlichtung zwar nicht Rechtsprechung, wohl aber teilweise Gesetzgebung ist. Daraus folgt, daß sie im übrigen Verwaltung ist. Denn Verwaltung war ja nach der von uns eingangs zugrunde gelegten Definition jede Staatstätigkeit außer Gesetzgebung und Rechtsprechung (oben § 6). In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, daß nicht alle schlichterliche Gesetzgebungsakte von der Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Verwaltung ausgeschlossen sind. Dies nämlich insofern nicht, als diejenigen Schlichtungsakte, welche auf eine Tarifnorm Bezug haben, implicite auch schuldrechtliche Bestimmungen hinsichtlich der Friedens- und Durchführungspflicht enthalten. Dieser Zustand bedingt eine saubere begriffliche Trennung. Soweit der (äußerlich einheitliche) Schlichtungsakt normativ wirkt, scheidet er von der weiteren Betrachtung aus, soweit er aber die Grundlage schuldrechtlicher oder, ganz allgemein ausgedrückt, nichtnormativer Bestimmungen ist, bildet er weiterhin den Gegenstand unserer Erörterung [155]).

Innerhalb der Verwaltung nun gehört die Schlichtung infolge der privatrechtlichen Natur der Gesamtvereinbarungen demjenigen Zweige an, der der Pflege privater Interessen dient. Sie ist daher insoweit freiwillige Gerichtsbarkeit in einem weiteren, aprioristischen Sinne (vgl. oben § 6) [156]), von der positivrechtlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit dadurch getrennt, daß sie mit Ausnahme der Änderung oder Ersetzung von Dienstvorschriften gemäß den §§ 75 Abs. 2, 80 BRG der Neuschöpfung und nicht der bloßen Entwicklung oder Auseinandersetzung existenter Rechtsverhältnisse dient [157]). Danach ergibt sich folgender Charakter der Schlichtungsakte.

I. Der formlose Einigungsvorschlag.

Der formlose Einigungsvorschlag ist seinem Wesen nach die unverbindliche Empfehlung zum Abschluß einer ihm inhaltlich entsprechenden Gesamtvereinbarung. Verwaltungsakte dieser oder ähnlicher Art sind nichts neues. So sei an die Ankündigung einer polizeilichen Maßnahme, die poli-

[155]) Vgl. auch § 7 III oben.
[156]) Dazu s. Kormann, System S. 6/7.
[157]) Kaskel, a. a. O. S. 352, Anm. 1.

zeiliche Warnung vor einem Schwindler und aus dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Vorschläge des Nachlaßgerichts über die zweckmäßigste Art und Weise der Auseinandersetzung einer ungeteilten Erbengemeinschaft, vgl. §§ 86 ff FGG, erinnert. Handelt der, den es angeht, nach einem solchen Vorschlage, so besteht zwischen seinem Tun und dem vorangegangenen Staatsakt kein rechtlicher Zusammenhang. Die „Annahme" eines Einigungsvorschlages bedeutet nicht etwa die rechtsgeschäftliche Annahme einer von dritter Seite gestellten Offerte, sondern lediglich die Übernahme des Inhalts dieses Vorschlages in den eigenen, allein konstituierenden Parteiwillen.

Die ausschließliche Begründung der Gesamtvereinbarungen in diesem Verfahrensstadium durch den Parteiwillen läßt auch den normativen Einigungsvorschlag als einen Verwaltungsakt erscheinen. Die Hilfeleistung zur Normsetzung durch ihn ist nicht die Ausübung eines gesetzgeberischen Initiativrechts, sie ist vielmehr nur eine entfernte Vorbereitungshandlung, dem Gesetzesentwurf eines Ministerialreferenten vergleichbar. Bei der näheren rechtlichen Qualifizierung dieses Verwaltungsaktes kann man schwanken, ob er der Kategorie der rechtshandlungsmäßigen oder aber der rein tatsächlichen Verwaltungsakte zuzurechnen ist. Richtigerweise wird man ihn, da er sich im bloßen Gesetzesvollzug erschöpft, der letzteren Gruppe zuzuzählen haben [158]). Die Verpflichtung, sich bei Annahme eines solchen Vorschlages der Schriftform zu bedienen, vgl. § 20 Abs. 2 Zweite AV zur SchlO, beruht auf einer verfahrensrechtlichen Ordnungsvorschrift [159]) und hat mit der Frage nach der Rechtswirkung des Einigungsvorschlages nichts zu tun.

II. Der Schiedsspruch als Verwaltungsakt.

Im Gegensatz zu dem Einigungsvorschlag, der von den meisten Autoren als Staatsakt überhaupt nicht anerkannt wird, betrachtet die herrschende Lehre den Schiedsspruch als einen unzweifelhaften Verwaltungsakt. D e r s c h, dem wir die erste gründliche Untersuchung des Wesens der Schlichtungsakte verdanken, bezeichnet sie als „verwaltungsbehördliche Akte" und versteht darunter sowohl die Verwaltungsakte i. e. S. als auch die sog. Verwaltungs e n t s c h e i d u n g e n, d. h. bindende autoritative Aussprüche über bestehende oder zu schaffende Rechtsverhältnisse [160]). Demgegenüber begreift herrschender Ansicht nach die Entscheidung lediglich die Feststellung von Tatsachen oder Rechtsverhältnissen, nicht aber auch ihre Schöpfung [161]). Der weitere zumeist gelehrte Unterschied im Verhältnis von Entscheidung und Verfügung zueinander, der darin bestehen soll, daß jene Recht anwendet,

---

[158]) Vgl. K o r m a n n, a. a. O., S. 22/23.
[159]) D e r s c h, a. a. O., S. 529.
[160]) D e r s c h, Rechtskraft, NZfA 1923, 273 ff., 285 ff.
[161]) W. J e l l i n e k, Verwaltungsrecht S. 260.

diese dagegen Recht schafft[162]), kann nicht anerkannt werden. Denn unserer Auffassung nach erfolgt im reinen Rechtsstaat auch die Rechtsschöpfung durch Rechtsanwendung (vgl. die Ausführungen oben zu § 8 III S. 46 ff).

Wie immer man den Begriff der Entscheidung auch fassen mag, der Schiedsspruch ist in keinem Falle eine Entscheidung, obschon in ihm über bestimmte kontradiktorische Parteibehauptungen befunden wird. Entscheidung im Sinne der herrschenden Lehre ist er nicht, weil diese nur über Tatsachen- und Rechtsbehauptungen, die zu Feststellungszwecken erhoben sind, zu befinden hat, die Parteien im Schlichtungsverfahren aber im Schiedsspruch ein — zunächst wenigstens — unverbindliches Urteil über die wirtschaftliche und soziale Berechtigung der von ihnen vertretenen, miteinander kollidierenden Interessen, m. a. W. ein Werturteil begehren[163]). Diesem kommt freilich insofern besondere rechtliche Bedeutung zu, als es die potentielle Basis eines freiwilligen oder Zwangsabkommens durch Annahme oder Verbindlicherklärung bildet. Immerhin ist der Schiedsspruch als solcher aber unverbindlich und wird daher auch von Dersch, der auch die konstitutiven Akte den Entscheidungen zurechnen will, aus diesem Grunde nicht als Entscheidung betrachtet. Andererseits ist der Schiedsspruch mehr als ein bloßes Gutachten über die Berechtigung der streitigen „Forderungen" weil sein Inhalt durch bestimmte Prozeßhandlungen seitens der Parteien oder des Schlichters mit bindender materiellrechtlicher Wirkung ausgestattet werden kann, eine Möglichkeit, die mit dem terminus technicus „Rechtslage" gekennzeichnet zu werden pflegt[164]) [165]). Verwaltungsakte, die eine Rechtslage erzeugen, sind, wie die Beispiele bei Kormann[166]) zeigen, dem Verwaltungsrecht nicht fremd. Insoweit läßt sich daher der Schiedsspruch ohne Schwierigkeit den Begriffskategorien des Verwaltungsrechts eingliedern. Folgt man der von Kormann vorgenommenen weiteren Einteilung der Verwaltungsakte, so qualifiziert sich der Schiedsspruch ferner als ein auf Konkretisierung allgemeiner Billigkeitserwägungen beruhender, sog. bestimmender Verwaltungsakt[167]). Danach kann der Schiedsspruch nur insofern als eine verwaltungsrechtliche Besonderheit betrachtet werden, als es einen mit ihm übereinstimmenden Staatsakt im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht gibt.

---

[162]) Vgl. Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 7.
[163]) So Hoeniger, Rechtl. Stellung des Vorsitzenden, S. 46.
[164]) Dazu Kormann a. a. O., S. 65 ff., insbes. 72 73, Dersch, Rechtskraft S. 289 ff.
[165]) Zu dem Begriff der Rechtslage vgl. die Ausführungen oben zu § 3 1 2 b, § 7 II, § 8 III S. 46 ff. und die dort Zitierten.
[166]) Kormann a. a. O., S. 108.
[167]) Kormann a. a. O., S. 71 ff.

III. Die Verbindlichkeitserklärung als Verwaltungsakt.

Im Gegensatz zum Schiedsspruch wird die Verbindlichkeitserklärung regelmäßig als ein konstitutiver, genauer als ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt bezeichnet[168]). Diese Charakteristik muß jedoch als ungenau zurückgewiesen werden. Der Schiedsspruch erzeugt, wie wir gesehen haben, eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit. Wird sie ausgenutzt, d. h. die Gestaltung vorgenommen, so entsteht das angestrebte Gesamtvereinbarungsverhältnis. Hierzu sind also zwei Akte erforderlich: einmal ein Schiedsspruch, sodann bei Nichteinigung der Parteien die Verbindlicherklärung. Diese beiden bilden gemeinsam den Tatbestand, an den das Gesetz in § 5 Abs. 4 SchlO die Zwangswirkung knüpft. Die Dinge liegen daher hier nicht anders als bei sonstigen mehraktigen Tatbeständen wie z. B. Vertrag und Gesetz, wo allemal die mehreren Akte zusammengenommen, nicht aber der zeitlich zuletzt liegende Akt konstitutiv wirken, der einzelne Akt also lediglich Tatbestandselement ist. Demnach ist die Verbindlicherklärung kein konstitutiver, sondern nur ein konstituierender Staatsakt, der wegen seines Anlehnungsbedürfnisses an einen rechtswirksamen Schiedsspruch zu den sog. adminikulierenden Akten zu rechnen ist[169]).

Wegen dieser Eigenart der Verbindlicherklärung fällt es schwer, einen wirklich gleich gelagerten Fall im System der Verwaltungsakte aufzuzeigen. Berg, der sich mit dem Wesen der Verbindlicherklärung eingehend auseinandersetzt, glaubt die Verbindlicherklärung den unmittelbar behördlichen Anordnungen und nicht den sog. Ersatzgeschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Seite stellen zu müssen[170]). Das ist nach dem Gesagten richtig und falsch. Zuzustimmen ist Berg zunächst darin, daß die Verbindlicherklärung nicht als Akt privatrechtlicher Stellvertretung oder Mittel zur Durchsetzung eines für die Parteien bestehenden Kontrahierungszwanges aufgefaßt werden kann. Dagegen dürfte die Parallele zu den unmittelbar behördlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zutreffend sein. Wenn das Vormundschaftsgericht — um bei dem von Berg gewählten Beispiel zu bleiben — gemäß § 1666 BGB durch Anordnung der Fürsorgeerziehung die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kind umgestaltet, so erfolgt dieser Eingriff unmittelbar, ohne daß ihm ein dem Schiedsspruch vergleichbarer Staatsakt vorausginge. Die Anordnung aus § 1666 BGB ist daher ein selbständiger Akt, die zu gestaltende Rechtslage unmittelbar gesetzlich und nicht wie im Falle der Schlichtung durch einen besonderen Staatsakt bestimmt. Anders schon in dem ebenfalls von Berg als Beispiel angezogenen Fall des § 1635 BGB[171]), denn die Bestimmung darüber, wel-

---

[168]) der im Sinne Derschs verwaltungsbehördliche Entscheidung ist, vgl. Dersch, Rechtskraft NZfA 1923, 365 ff., Goldbaum, Komm., S. 25.
[169]) Kormann a. a. O., S. 17/18.
[170]) Berg a. a. O., S. 15 ff., 24 ff.
[171]) Berg a. a. O., S. 26.

chem Elternteil nach rechtskräftig geschiedener Ehe die Sorge für die Person des Kindes zustehen soll, setzt eine durch Staatsakt, nämlich durch rechtskräftiges Scheidungsurteil geschaffene Rechtslage voraus. Indessen ist auch hier ein gewisser Unterschied nicht zu verkennen. Das Scheidungsurteil soll in erster Linie eine Ehe formell und materiell rechtskräftig auflösen, seine Wirkung im Fall des § 1635 BGB ist nur eine gelegentliche, sog. Tatbestandswirkung [172]). Die Verbindlichkeitserklärung dagegen ist, wenn die Parteien versagen, das einzige und auch ausschließlich dazu bestimmte Mittel, dem Schiedsspruch zu seiner „Rechtskraft", d. h. materiellrechtlichen Vollwirkung zu verhelfen. Ihre Beziehung zum Schiedsspruch ist folglich ungleich enger. Von einer Tatbestandswirkung des Schiedsspruchs kann keine Rede sein; denn die Verbindlicherklärung knüpft nicht an den Schiedsspruch als solchen, sondern an seinen jeweiligen Inhalt an. [173]).

Andererseits wäre es verfehlt, die Verbindlicherklärung in Anlehnung an den Wortlaut des § 6 SchlO als ein Ersatzgeschäft i. e. S. zu betrachten wie etwa den vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsersatz in den Fällen der §§ 118 Abs. 3, 1304 Abs. 2, 1358, 1379 BGB. Die angezogenen Gesetzesstellen regeln allemal den Ersatz einer besonderen, nicht zu den Essentialien der Rechtsgeschäfte gehörenden Erklärung, die im Interesse eines der von dem Rechtsgeschäft Betroffenen zur Voraussetzung der Gültigkeit jener Art von Geschäften gemacht ist. Fällt der Grund für diesen Sonderschutz des Einzelnen fort, so erwächst ein zuvor ohne die erforderliche Zustimmung abgeschlossenes Rechtsgeschäft nunmehr ipso iure in volle Rechtswirkung, vgl. § 108 Abs. 3 BGB. „Die Zustimmung ist lediglich etwas Sekundäres und daher ... Ersetzbares. Das Primäre, die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, beim Vertrag die Offerte bzw. Annahme liegt vor" [174]). Das ist aber bei der Schlichtung gerade nicht der Fall. Solange die Parteien den Schiedsspruch nicht angenommen haben, sind die Essentialia des Tatbestandes, an den das Gesetz die Rechtsfolgen einer Gesamtvereinbarung knüpft, nicht gegeben. Der Grundtatbestand des Rechtsgeschäfts ist hier also gar nicht vollendet. Darin liegt der Unterschied zu dem erwähnten Handlungsersatz durch die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Dafür ist die Verbindlichkeitserklärung Ersatzgeschäft in einem anderen Sinne, wie sich aus der Überlegung ergibt, daß sie nur dann Platz greift, wenn die Parteien die Annahme eines Schiedsspruchs abgelehnt haben. Die Anerkennung der Subsidiarität der Verbindlichkeitserklärung bedeutet aber nicht etwa die Rückkehr zu zivilrechtlichen Erklärungsversuchen für dieses Phänomen. Der Staat handelt hier nicht als ein für die Parteien aus Gründen des öffentlichen Wohls bestellter Pfleger, er wird auch nicht als Richter tätig, der den sich weigernden Teil gemäß § 894 ZPO zur Abgabe einer

[172]) Rosenberg, Zivilprozeßrecht S. 514.
[173]) So auch Dersch, Komm. S. 224/225.
[174]) Berg a. a. O., S. 17.

Willenserklärung, auf die der andere einen Anspruch hat, verurteilt, sondern er greift unmittelbar und allein auf Grund der ihm eigenen Hoheitsgewalt in die wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen der Parteien ein. Soweit er tätig wird, handelt er demnach als ein in die Vertragsfreiheit eingreifender Diktator. Nicht Kontrahierungszwang, sondern diktierter Vertrag — d. h. überhaupt kein Vertrag — ist also die Folge der Verbindlicherklärung. Diese selbst ist im Verein mit dem ihr zu Grunde liegenden Schiedsspruch ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, ein ersetzender Verwaltungsakt im eigentlichen Sinne [175]).

IV. Die bindende Entscheidung als Verwaltungsakt.

Nach dieser Erkenntnis des Wesens der Verbindlichkeitserklärung brauchen wir uns nunmehr nur noch anhangsweise mit den bindenden schlichterlichen Entscheidungen, soweit sie nicht reine Gesetzgebungsakte sind [176]), zu befassen. Für sie gilt alles das, was die herrschende Lehre für die Verbindlichkeitserklärung behauptet. Sie sind also konstitutive Verwaltungsentscheidungen [177]), die im Anschluß an unmittelbar gesetzlich normierte Rechtslagen ergehen und auf die Errichtung von Gesamtvereinbarungsverhältnissen abzielen.

Ist die bindende Entscheidung somit ein unmittelbar privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, so erscheint ein Vergleich mit den unmittelbar behördlichen Anordnungen aus dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit nunmehr möglich (vgl. § 1666 BGB, oben sub III). Ein prinzipieller Unterschied bleibt freilich auch hier bestehen. Was die bindende Schlichterentscheidung anordnet, können und sollen die Parteien vor allem selbständig vereinbaren. Dagegen sind die der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterworfenen Rechtsbeziehungen der Parteidisposition gänzlich entzogen. Eine der Schlichtung insoweit entsprechende Rechtslage findet sich lediglich im Recht der Zwangswirtschaft, so bei Festsetzung von Zwangsmietverträgen [178]) und der Änderung bzw. Verlängerung von Pachtverträgen [179]).

V. Zusammenfassung des Ergebnisses.

Nach den Feststellungen zu I—IV erfüllt die Schlichtung den Begriff der materiellen Verwaltung, soweit sie nicht der Aufstellung von Rechtssätzen dient. Danach ist:

1. Jeder Einigungsvorschlag ein tatsächlicher Verwaltungsakt.
2. Jeder Schiedsspruch ein eine privatrechtliche Rechtslage schaffender und bestimmender Verwaltungsakt.

---

[175]) Kormann a. a. O., S. 123.
[176]) Darüber s. oben § 7.
[177]) Dersch, Rechtskraft NZfA 1923, 365, Berg a. a. O., S. 24.
[178]) Vgl. § 4 Wohnmangelges. v. 26. VII. 1923.
[179]) Vgl. § 3 Pr. Pachtschutzordnung v. 16. X. 1925 (Ges. Sammlung 141).

3. Jede Verbindlichkeitserklärung ein diese Rechtslage in materielles Recht verwandelnder Verwaltungsakt.
4. Jede bindende Entscheidung ein unmittelbar privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt.

Dritter Abschnitt.

Schlichtung als formelle Funktion.

Abschließend ist die Stellung der Schlichtungsbehörden innerhalb der verschiedenen Arten von Staatsorganen zu bestimmen, denn die Zugehörigkeit einer Behörde zu diesem oder jenem Organtypus ist bekanntlich entscheidend für den formalen Charakter der ihr übertragenen Funktion (näheres darüber s. oben Abschn. II am Anfang). Entsprechend der Einteilung der materiellen Funktionen ist auch hier zu unterscheiden zwischen Organen der Legislative, der Justiz und der Verwaltung.

§ 10. Schlichtung keine Gesetzgebung.

Daß die Schlichtungsbehörden nicht Träger formeller Gesetzgebung sind, bedarf keines Beweises. Im modernen Staate ist die Legislative allemal den höchsten Organen vorbehalten, sie allein sind in der Lage, formelle Gesetze zu erlassen [180]). Zu dieser Art von Organen gehören die als Lokal- und Bezirksbehörden errichteten Schlichtungsstellen nun zweifellos nicht, vgl. § 1 SchlO, § 1 Zweite AV zur SchlO. Auch der Reichsarbeitsminister, obschon Mitglied der an der Legislative beteiligten Reichsregierung, Art. 68 RV, betätigt sich in Schlichtungssachen lediglich als Chef des Ressorts, als „oberster Schlichter", § 6 Abs. 2 S. 2 SchlO. In dieser seiner Eigenschaft setzt er im Wege der Verbindlicherklärung materiell Recht, nicht etwa als Organ der an der Legislative teilnehmenden Regierung. Dementsprechend wird auch von Vertretern der Ansicht, daß Schlichtung materiell Gesetzgebung sei, das Vorliegen eines formellen Gesetzgebungsrechts geleugnet [181]).

§ 11. Schlichtung keine Verwaltung.

Die herrschende Lehre sieht in den Schlichtungsstellen Verwaltungsbehörden. So heißt es beispielsweise bei Dersch: „Der Schlichtungsausschuß ist in seinem ureigensten Wesen, das durch seine Hauptaufgabe, also durch den Kern seines Tätigkeitgebietes bestimmt wird, kein Gericht" [182]). Zur Stützung dieser Ansicht beruft man sich auch darauf, daß die Schlichtungsbehörden bei einer einwandfreien Verwaltungsbehörde, dem Reichsarbeitsminister, ressortieren [183]). Das ist freilich richtig, besagt aber nicht viel. So

[180]) Vgl. Art. 68 ff. RV.
[181]) Vgl. Dechant a. a. O., S. 37, Neumann NZfA 1926, 353 ff., die von einer Rechtsetzung durch (gesetzergänzende) Rechtsverordnung sprechen.
[182]) Dersch, Rechtskraft NZfA 1923, 283.
[183]) Dersch, Komm. S. 217.

unterstehen z. B. die Versicherungs- und Versorgungsgerichte, Behörden, die bereits durch ihren Namen zu „Gerichten" gestempelt sind, gleichfalls dem Reichsarbeitsministerium. Selbst wenn man aber von diesen im Hinblick auf die Zweifelsfrage, ob die sog. Verwaltungsgerichte überhaupt echte Gerichte und nicht nur besonders organisierte Verwaltungsbehörden sind [184]), absieht, so sollte doch der Gedanke an die Arbeitsgerichte, die bekanntlich der Justiz- und Sozialverwaltung, wenn auch der ersteren als der „federführenden" überwiegend unterstellt sind [185]), zum mindesten bedenklich stimmen. Denn hier handelt es sich — jedenfalls im wesentlichen — um Sonderzivilgerichte, die trotz ihres bedenkenfreien Gerichtscharakters der Sozialverwaltung untergeordnet sind. Richtigerweise wird man jedoch auf die Frage der Ressortzugehörigkeit überhaupt kein entscheidendes Gewicht legen dürfen. Es ist nicht einzusehen, daß Behörden, die mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet sind und für die das Verbot der Ausnahmegerichte gilt [186]), obschon sie auch materiell Recht sprechen, nur deswegen keine Gerichte sein sollen, weil sie einer anderen als gerade der Justizverwaltung unterstehen. Die abweichende herrschende Ansicht ist offensichtlich an dem historisch überkommenen Begriff des ordentlichen Gerichts orientiert, der, wie sich aus dem Begleitwort ergibt, notwendig ein engerer sein muß als der des Gerichts schlechthin. Wir halten daher dafür, daß auch die Verwaltungsgerichte Gerichte im technischen Sinne sind [187]).

Sodann können wir uns mit dem eigentlichen Problem, d. h. der Frage, ob das Wesen einer Behörde durch ihre Hauptaufgabe bestimmt werde, wie Dersch meint, befassen. Nach herrschender, auch von den obersten Gerichten vertretenen Meinung ist diese Frage zu bejahen. So spricht RGE 107, 284 ff. den Mieteinigungsämtern die Gerichtseigenschaft ab, weil ihre Entscheidungen auf billigem Ermessen und nicht auf Rechtsanwendung beruhten [188]), und aus den gleichen Gründen hat der preußische Kompetenzkonflikthof den Gerichtscharakter der Pachteinigungsämter verneint [189]). Dem ist nicht beizutreten. Erkennt man überhaupt ein Nebeneinander von formellen und materiellen Funktionen an, so hat es wenig Sinn, diesen prinzipiellen Unterschied dadurch wieder zu verwischen, daß man von Fall zu Fall den Charakter einer Behörde nach dem gerade ihr zugewiesenen Aufgabenkomplex bestimmt. Denn damit gerät die formelle Funktion völlig unter die Herrschaft der materiellen Funktion, während nur soviel richtig

[184]) So die herrschende Lehre, vgl. Anschütz, Komm. z. RV. Art. 107, Anm. 1, der ausführt, die Verwaltungsgerichte seien „Verwaltungsbehörden, die . . . gerichtsähnlich gestaltet sind . . ."; ähnlich Giese, Komm. z. RV. Art. 107 II 1, Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 393.

[185]) Vgl. §§ 14, 15, 18, 20, 33, 34, 36, 37, 43 AGG.

[186]) Vgl. Anschütz a. a. O., Vorb. Abs. 3 vor Art. 102.

[187]) Merkl, Allg. Verwaltungsrecht, S. 373.

[188]) D. h. weil sie Verwaltung üben und nicht Recht sprechen.

[189]) Seuff. Arch. 78 Nr. 150. Über die Bildung des Gerichtsbegriffs vgl. auch RGE 75, 425.

sein dürfte, daß bestimmt organisierte Behördentypen sich in abstracto zur Verrichtung bestimmt gearteter Obliegenheiten am besten eignen, so daß aus diesem Grunde zumeist eine Kongruenz beider Funktionskreise gegeben sein wird. Die abweichende Auffassung der herrschenden Meinung scheint uns bei der Bestimmung der formellen Funktion übermäßiges Gewicht auf die materiellen Aufgaben einer Behörde zu legen und darüber das eigentlich Wesentliche, die Frage der Organisation dieser Behörde, zu einem Moment von sekundärer Bedeutung zu machen.

Nach der hier vertretenen Ansicht unterliegt es keinem Zweifel, daß auch gerichtsförmig organisierte Behörden, die nicht materiell Recht sprechen, Gerichte sind. Dieser Meinung ist offenbar auch Anschütz, wenn er die Mieteinigungsämter zu „Gerichten im weiteren Sinne" erklärt, die eine eigenartige „Billigkeitsjustiz", d. h. überhaupt keine Justiz im Sinne von Rechtsprechung ausüben [190]) [191]). Ressortzugehörigkeit und materielle Funktion bedeuten mithin für die Frage der formellen Funktion nichts, als einzig durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden kommt die richterliche Unabhängigkeit auf der einen und die Zulässigkeit von Weisungen der übergeordneten Instanzen auf der anderen Seite in Betracht [192]). In dieser Hinsicht wird nunmehr der Aufbau der Schlichtungsbehörden zu untersuchen sein.

I. Die schlichterliche Unabhängigkeit.

Nach § 7 S. 2 SchlO sind Schlichtungsausschüsse und Schlichter in ihren Entscheidungen im Einzelfall unabhängig und an Weisungen nicht gebunden. Damit ist den Schlichtungsstellen die volle richterliche Unabhängigkeit im Sinne des Art. 102 RV eingeräumt [193]). Diese wird rechtlich auch nicht dadurch eingeengt, daß der Reichsarbeitsminister für die Tätigkeit der Schlichtungsstellen allgemeine Richtlinien, also auch solche materieller, insbesondere lohnpolitischer Art erlassen kann, § 7 S. 1 SchlO [194]). Denn die Richtlinien sind im Gegensatz zu anderen, bindenden Dienstvorschriften

[190]) Anschütz, JW 1920, 330 ff.; vgl. auch Friedrichs, Mietgericht 1926, 59. Dagegen ist nach Ebel-Lilienthal Komm. z. MSchGes. Vorb. B. I. 1 zu § 37 das Mieteinigungsamt ein „eigenartiges Gebilde", das teils einem Verwaltungsgericht, teils einem Sonderzivilgericht angeglichen ist. Wieder anders Storck in Hue de Grais-Peters, Handbuch d. Verfassg u. Verwaltg S. 896 Anm. 1, der von einer Dienststelle der sozialen Fürsorge mit richterlichen Funktionen spricht.

[191]) Damit ist von einem Anhänger der h. A. zum ersten Mal anerkannt, daß ein Gericht hauptamtlich mit anderen Aufgaben als Rechtsprechung betraut werden kann, ohne seine Gerichtseigenschaft einzubüßen. Für Nebenaufgaben wie freiw. Gbk. (Verwaltung) und Entscheidungen nach Art. 13 RV (Gesetzgebung) galt dies freilich schon immer, vgl. Giese, Vorb. II zu Art. 102.

[192]) So besonders Merkl a. a. O., S. 21 ff., 38 ff.

[193]) Pick-Weigert, Komm. z. SchlO. S. 39, auch Herschel, Arbr. u. Schlichtung 1928, 341.

[194]) Dersch, Komm. S. 280, Pick-Weigert a. a. O., Reichsarbbl. 1923 Amtl. Teil 737 ff.

bloße unverbindliche Empfehlungen[195]. Demgemäß besteht auch keine Bindung der Schlichtungsbehörden an die Beschlüsse gesetzgebender Organe, es sei denn, daß es sich um Beschlüsse in Gesetzesform handelt. Ein Schlichtungsakt, der gegen einen derartigen formlosen Beschluß der Legislative verstoßen würde, wäre rechtlich in jeder Hinsicht unanfechtbar zustande gekommen[196] [197].

Nur an einer Stelle ist der Grundsatz der schlichterlichen Unabhängigkeit in gewisser Beziehung durchbrochen, nämlich hinsichtlich des Reichsarbeitsministers in seiner Eigenschaft als oberster Schlichter. Gemäß Art. 56 RV bestimmt der Reichskanzler die Richtlinien der Politik, innerhalb deren jeder Minister den ihm anvertrauten Geschäftszweig selbständig zu leiten hat. Aus dieser verfassungsmäßigen Bindung der Minister an die Richtlinien — die keine Rechtsnormen sind[198] — ergibt sich die Verpflichtung des Reichsarbeitsministers, sich bei Ausübung des Rechts zur Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen nicht in Widerspruch zu den vom Reichskanzler proklamierten Grundsätzen zu setzen. Art. 56 RV geht also § 7 SchlO vor. Hier liegt ein unzweifelhafter Fall der Bindung an eine Weisung einer übergeordneten Stelle vor. Daß diese Erscheinung noch mit dem Begriff der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar ist, lehrt ein Blick auf die Vorschrift der §§ 565 Abs. 2 ZPO, 338 Abs. 1 StPO, in denen bestimmt ist, daß im Falle der Zurückverweisung einer Sache durch das Revisionsgericht der Vorderrichter an die Rechtsausführungen des Revisionsgerichts gebunden ist. Auch der ordentliche Richter ist also nicht nur dem Gesetz, sondern auch einer Reihe anderer, auf dem Gesetz fußenden Staatsakte unterworfen. Die Parallelerscheinung im Schlichtungswesen stempelt daher die Schlichtungsbehörden noch nicht zu Verwaltungsbehörden.

II. Die Garantien der schlichterlichen Unabhängigkeit.

Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind unversetzbar und unabsetzbar, Art. 104 RV, sie genießen also vollen Schutz ihrer Unabhängigkeit. Den Schlichtungsbeamten fehlt im Gegensatz dazu jede Garantie der Unabhängigkeit. Die Vorsitzenden der Schlichtungsausschüsse und die Schlichter

[195]) Nach Flatow-Joachim, Komm. z. SchlO, S. 53 sollen die Schlichtungsbehörden wenigstens grundsätzlich die Richtlinien beobachten, ohne indessen an sie gebunden zu sein U. E. ist dabei der Ton auf den Nachsatz zu legen, weil sonst von echter richterlicher Unabhängigkeit — auch im Einzelfall — nicht mehr die Rede sein kann.

[196]) Wegen der Unabhängigkeit der Schlichtungsstellen ist daher bei Übertretung eines solchen Beschlusses oder der Richtlinien das RAM auch kein Disziplinarverfahren gegen die zuständigen Beamten möglich.

[197]) Diese Frage tauchte im Herbst 1930 gelegentlich des Berliner Metallkonflikts auf, als der Reichstag einen Beschluß angenommen hatte, demzufolge der vom Schlichter gefällte Schiedsspruch nicht für verbindlich erklärt werden sollte. Der Streit hat dann bekanntlich eine anderweite Erledigung gefunden.

[198]) Denn es handelt sich um die Regelung einer ausschließlich innerstaatlichen Angelegenheit.

haben die rechtliche Stellung politischer Beamten: sie können gemäß §§ 2 Abs. 4 S. 2, 6 Zweite AV zur SchlO jederzeit von ihrem Amte abberufen werden. Entsprechendes gilt für die Beisitzer des Schlichtungsausschusses, § 4 Abs. 7 Zweite AV zur SchlO, während die Beisitzer der Schlichterkammer vom Schlichter von Fall zu Fall ausgewählt werden, § 7 l. c. Die Unabhängigkeit der Schlichtungsbehörden entbehrt folglich einer jeden Garantie und ist damit nahezu illusorisch gemacht, „eine nicht unbedenkliche Gestaltung, die das Schlichtungsverfahren der jeweils herrschenden politischen Partei ausliefert“ [199]). Auch die Begründung zum Entwurf einer Schlichtungsordnung forderte eine weitgehende Angleichung der Schlichtungsstellen an die Gerichte, und zwar deshalb, weil ihrer Auffassung nach Schlichtung und Rechtsprechung materiell miteinander verwandt seien [200]). Im Gegensatz hierzu und in Übereinstimmung mit dem Standpunkt der lex lata bezeichnet andererseits z. B. Richter die Schlichtung als ein ausgesprochenes „Politikum“, das sich zur Übertragung auf die Gerichte nicht eigne [201]). Über die zweckmäßigste Lösung des Problems besteht also ein Streit. De lege lata ist jedenfalls ein scharfer Trennungsstrich zwischen der Organisation der Schlichtungsbehörden und der ordentlichen Gerichte gezogen. Immerhin ist der Mangel jeglicher Unabhängigkeitsgarantie noch mit dem Begriff des Gerichts schlechthin verträglich. Denn die Reichsverfassung gewährt, wie wir eingangs gesehen haben, lediglich den ordentlichen Gerichten einen besonderen Schutz ihrer Unabhängigkeit. Die Mitglieder aller anderen Gerichte genießen keinerlei verfassungsmäßigen Schutz, sie können also nach Maßgabe der für sie geltenden beamtenrechtlichen Bestimmungen an eine andere Stelle versetzt oder auch abgesetzt werden [202]). Die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung der Schlichtungsbeamten beweist mithin nicht mehr, als daß die Schlichtungsstellen keine ordentlichen Gerichte sind.

III. Der Ausnahmeschlichter.

Nach § 2 Abs. 1 S. 2 SchlO kann der Reichsarbeitsminister zur Erledigung von Gesamtstreitigkeiten von Fall zu Fall „besondere“ Schlichter bestellen. Außerdem sind die gewöhnlichen Schlichter in der Lage, jedes Schlichtungsverfahren an sich zu ziehen, vgl. § 4 SchlO. Das Zuständigkeitswesen im Schlichtungsverfahren ist daher, an dem der Gerichte gemessen, außerordentlich labil. In diesem Punkt versagt denn auch die Parallele zwischen den Schlichtungsbehörden und den unter dem Sammelnamen „Gericht“ üblicherweise zusammengefaßten staatlichen Institutionen.

Verfassungsmäßig darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden: Ausnahmegerichte sind unzulässig, Art. 105 RV. Diese Bestimmung

[199]) So Kaskel a. a. O., S. 353, Anm. 3.
[200]) Entw. d. dtsch. Reichstages 1922, Nr. 25, § 23, Abs. 3 und S. 39.
[201]) Richter, Soz. Praxis 1929, 978.
[202]) Anschütz, RV Art. 104, Anm. 1.

bezieht sich gleichmäßig auf die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im weitesten Sinne[203]) und verbietet, kurz gesagt, die Einsetzung von von Gerichten ad hoc[204]). Dagegen darf nach § 2 SchlO jedermann seinem ordentlichen Schlichter entzogen werden. Die Einrichtung der „Sonderschlichter" läuft mithin dem Verbot der Ausnahmegerichte zuwider. Infolgedessen fragt sich nunmehr, in welchem Verhältnis § 2 SchlO zu Art. 105 RV steht, wobei stillschweigend vorausgesetzt ist, daß § 7 SchlO den Schlichtungsbehörden überhaupt die Eigenschaft von Gerichten beigelegt hat.

Nun ist so viel sicher, daß die Reichsverfassung die Vorläufer der heutigen Schlichtungsstellen nicht als Gerichte angesehen hat, wie denn auch heute noch die Gerichtseigenschaft der Schlichtungsorgane von der herrschenden Meinung in Abrede gestellt wird. Dem ist bei der Auslegung von Art. 105 RV. Rechnung zu tragen. Schwebte den Vätern der Reichsverfassung bei Schaffung des Art. 105 ein die Schlichtungstellen nicht in sich schließender Gerichtsbegriff vor, so geht es u. E. nicht an, nunmehr nachträglich einen bedeutend weiteren, auch jene erfassenden Gerichtsbegriff der Auslegung der Reichsverfassung zu Grunde zu legen, um alsdann zu dem Schluß zu gelangen, daß die Einrichtung der Sonderschlichter nach § 2 SchlO mit Art. 105 in Widerspruch steht, ihre Einsetzung im Einzelfall also jeglicher Gesetzesgrundlage entbehrt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß Art. 105 RV die Schlichtungsbehörden nicht als Gerichte anerkennt und demgemäß auch nicht auf sie bezogen werden kann. Die gegenteilige Ansicht könnte nur dann richtig sein, wenn feststünde, daß die Reichsverfassung eine ganz bestimmte Behördenform, nämlich den Typus einer unabhängigen, aber von Fall zu Fall einsetzbaren Behörde, schlechthin verbieten wollte. Dafür besteht indessen nicht der geringste Anhalt. Die Ausnahmegerichte sind verboten, weil es gefährlich schien, gerade die Rechtsprechung an von Fall zu Fall bildende Organe auszuliefern. Dieses Argument schlägt bei der Schlichtung, wo es sich um Gesetzgebung und Verwaltung, also eine ausgesprochen politische Tätigkeit handelt, nicht durch. Wäre danach die Übertragung der Schlichtung sogar auf Verwaltungsbehörden nicht zu beanstanden gewesen, so ist dies bezüglich der Schlichtungsstellen in ihrer heutigen Form erst recht nicht der Fall, weil die ihnen eingeräumte Unabhängigkeit wenigstens einen gewissen Schutz der schlichtungsfähigen Parteien vor obrigkeitlicher Willkür bedeutet. Wenn andererseits der Staat die eigenen Interessen nicht anders als durch das Institut der Ausnahmeschlichter wahren zu können glaubt, so muß ihm auch die Möglichkeit gegeben sein, den Ausgleich der einander widerstreitenden Interessen auf dem von ihm für am zweckmäßigsten gehaltenen Wege herbeizuführen, d. h. Ausnahmeschlichter zu bestellen[205]).

[203]) Anschütz RV., Art. 105, Anm. 1, Kern, Der gesetzl. Richter, S. 233, 244 ff.
[204]) Anschütz, RV a. a. O.; Giese, RV Art. 105 II 2.
[205]) Eine besondere Form der Ausnahmegerichte stellten die erweiterten

Erkennt man die Richtigkeit der vorstehenden Ausführungen an, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Schlichtungsbehörden keine Verwaltungsbehörden sind. Denn ausschlaggebend für die Zurechnung eines Organes zur Verwaltung ist danach einzig und allein, ob es potentiell den Weisungen der oberen Instanz unterliegt, seine Entscheidungen also inhaltlich durch Weisungen dieser Stellen determiniert werden können. Diese Frage aber war, obgleich nicht zu verkennen ist, daß der Mangel jeglicher Unabhängigkeitsgarantie in Verbindung mit der Zulässigkeit von Ausnahmeschlichtern die richterliche Unabhängigkeit der Schlichtungsstellen nahezu zu paralysieren vermag, zu verneinen. Denn es ist trotz alledem kein Fall theoretisch denkbar, in dem ein Schlichtungsorgan einen bindenden Befehl seitens der übergeordneten Instanz erhalten könnte, wie es in ihm unterbreiteten Streitigkeiten zu entscheiden hat. Darauf allein kommt es aber an.

§ 12. Schlichtung als Gerichtsbarkeit.

Die Quintessenz der vorangehenden Erörterungen war, daß die Schlichtungsstellen wegen der ihnen eingeräumten Unabhängigkeit nicht Verwaltungsinstanzen, sondern Gerichte sind. Diese ihre Gerichtseigenschaft ist nunmehr im einzelnen positiv zu umreißen.

Eingegliedert in die Arbeitsverwaltung, stehen die Schlichtungsbehörden organisatorisch auf einer Stufe mit den Verwaltungsgerichten, insbesondere also den Versorgungs- und Versicherungsgerichten. Das gilt freilich nur für die formell organisatorische Seite. Denn der Art ihrer Tätigkeit nach haben sie mit den Verwaltungsgerichten der verschiedensten Zweige nichts gemein. Aufgabe dieser Gerichte ist allemal die Ausübung einer Rechtskontrolle — zu der wir auch die Ermessenskontrolle zählen— über die Verwaltung. Hier handelt es sich, um mit Merkl zu sprechen, um eine Verwaltungsgerichtsbarkeit a posteriori, sehr im Gegensatz zu der Tätigkeit der ordentlichen Gerichte, die regelmäßig Rechtsfälle erledigen, die zuvor noch keine andere Behörde beschäftigt haben, also eine Gerichtsbarkeit a priori ausüben [206]).

Eine derartige Überwachung von Verwaltungsbehörden ist nun nicht Sache der Schlichtungsstellen. Ihre Tätigkeit entspricht in dieser Hinsicht vielmehr der der ordentlichen Gerichte. Denn die Schlichtungsbehörden sind, jedenfalls was die Schlichtung im engeren Sinne sowie die abgekürzte Schlichtung angeht (näheres darüber s. oben § 3), erste Instanz im weitesten Sinne des Wortes und fungieren demgemäß auch wie jene a priori. Und zwar kommt ihrer Tätigkeit materiell der freiwilligen Gerichtsbarkeit am nächsten, wenn-

Schlichterkammern nach den Verordnungen des Reichspräsidenten vom 9. 1. 31 (Rgesbl. 1931, Teil I, S. 1) und 27. 9. 31 (Rgesbl. 1931, Teil I, S. 513) dar, die in Fällen dringenden Staatsinteresses auf Anordnung des RAM von dem jeweils eingesetzten Sonderschlichter einzuberufen waren.

[206]) Merkl, Allg. Verwaltungsrecht S. 383/385.

gleich nicht zu verkennen ist, daß positivrechtlich der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit so eng gefaßt ist, daß die Schlichtung nicht unter ihn subsumiert werden kann[207]). Anders natürlich, wenn man von einem freiwilligen Gerichtsbarkeitsbegriff im aprioristischen Sinne ausgeht[208]). Eine weitgehende Übereinstimmung in organisatorischer und materiell-funktioneller Beziehung findet sich lediglich mit den Einrichtungen des Pacht- und Mietschutzrechtes, wo ebenfalls die Errichtung von „Zwangsverträgen" durch unabhängige Behörden vorgesehen ist[209]). Hierbei dürfte es sich freilich um eine Funktion a priori handeln, während es bei der Schlichtung im weiteren Sinne d. h. der Entscheidung über die Verbindlicherklärung zumindest zweifelhaft sein kann, ob nicht eine Betätigung a posteriorie vorliegt. Denn wenn es auch gegen einen Schiedsspruch keine Rechtsmittel gibt, so ist doch der zur Verbindlicherklärung berufene Schlichter durch das Gesetz gehalten, jeden Schiedsspruch auf die Angemessenheit seines Inhalts zu prüfen und nur solche Sprüche für verbindlich zu erklären, deren Inhalt wirtschaftlich und sozial richtig erscheint, § 6 SchlO. Hier findet also zumindest eine indirekte Kontrolle durch die Schlichter statt. Bei einem Vergleich mit der verwaltungsrichterlichen Ermessenskontrolle darf aber nicht übersehen werden, daß diese entweder zur Aufhebung des angefochtenen Aktes oder aber zu seiner Bestätigung durch Verwerfung des vom Beschwerdeführer eingelegten Rechtsmittels führt, die schlichterliche Prüfung dagegen niemals zu einer Beseitigung eines unbilligen Schiedsspruchs, sondern höchstens zur Versagung der Verbindlicherklärung führen kann. Demgemäß lauten auch die Anträge der Parteien vor dem Schlichter anders als für gewöhnlich in der zweiten Instanz. Angesichts dieser Abweichungen von der normalen aposterioristischen Funktion dürfte auch die Schlichtung im weiteren Sinne noch als Gerichtsbarkeit a priori zu gelten haben. Irgendwelcher praktischer Wert kommt dieser Frage indessen nicht zu.

Damit haben wir das Bild der Schlichtung vollendet.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Schlichtungsbehörden, Verwaltungssonder- und -ausnahmegerichte sind, denen Gesetzgebung und freiwillige Gerichtsbarkeit i. w. S., getrennt oder in unlöslicher Verbindung miteinander, als Aufgabenkreis überwiesen ist. Eine Synthese von Funktionen, wie sie eigenartiger kaum gedacht werden kann[210]).

---

[207]) Vgl. oben § 9 vor I und die dort erwähnte Ausnahme.

[208]) § 9 a. a. O.

[209]) Vgl. § 4 Wohnungsmangelges. vom 26. 7. 23, § 3 Pachtschutzordnung i. d. Fassung vom 16. X. 25 (Pr.-Ges., S. 141).

[210]) Interessant in dieser Hinsicht auch das italienische Gesetz über den Magistrato del lavoro vom 3. April 1926. Danach liegt die Schlichtung in den Händen eines besonderen Senates der Berufungsgerichte (Corti di Apello), ist also formell Zivilgerichtsbarkeit. Näheres über diesen Rechtszustand bei Klausner in Kaskel, Die Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 347.

Lebenslauf.

Am 29. Juli 1906 wurde ich, Karl Dreßler, als Sohn des Marine-Oberintendantursekretärs und späteren Ministerialamtmannes Carl Dreßler und seiner Ehefrau Marie geb. Amelow in Kiel geboren.

Mein Vater ist im März ds. Js. verstorben.

Ich bin evangelischer Konfession. Nachdem mein Vater im Jahre 1909 dienstlich nach Berlin versetzt worden war, trat ich Ostern 1913 in die Vorschule des Realgymnasiums zu Berlin-Licherfelde ein. Im Frühjahr 1925 legte ich daselbst die Reifeprüfung unter Befreiung vom Mündlichen ab. Danach wandte ich mich dem Studium der Rechte und der Volkswirtschaft zu. Während des Sommersemesters 1925 studierte ich auf der Universität Tübingen, wo ich vorzugsweise rechtsgeschichtliche Vorlesungen hörte. Anschließend studierte ich sechs Semester auf der Universität in Berlin. Während des achten Semesters war ich von der Universität beurlaubt. Im Juni 1929 bestand ich am Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „Vollbefriedigend". Seit dem 1. August 1929 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig. Z. Zt. befinde ich mich in der Anwaltsstation.